

Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

Diritto dell'attività amministrativa informatizzata
e della comunicazione pubblica
Ciclo XXVII

LA NUOVA DISCIPLINA DELL'OCCUPAZIONE ACQUISITIVA: L'ATTO DI ACQUISIZIONE E GIUSTO PROCEDIMENTO ACQUISITIVO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE SOCIALI
E DELLE ISTITUZIONI

Presentata da:
Fabiana LAI

Coordinatore Dottorato
Prof. Felice ANCORA

Tutor
Prof.ssa Francesca PUBUSA

Relatore
Prof.ssa Francesca PUBUSA

Esame finale anno accademico 2013 – 2014



La presente tesi è stata prodotta durante la frequenza del corso di dottorato in Diritto dell'attività amministrativa informatizzata e della comunicazione pubblica dell'Università degli Studi di Cagliari, a.a. 2011/2014 - XXVII ciclo, con il supporto di una borsa di studio finanziata con le risorse del P.O.R. SARDEGNA F.S.E. 2007-2013 - Obiettivo competitività regionale e occupazione, Asse IV Capitale umano, Linea di Attività I.3.1 "Finanziamento di corsi di dottorato finalizzati alla formazione di capitale umano altamente specializzato, in particolare per i settori dell'ICT, delle nanotecnologie e delle biotecnologie, dell'energia e dello sviluppo sostenibile, dell'agroalimentare e dei materiali tradizionali".

Fabiana Lai gratefully acknowledges Sardinia Regional Government for the financial support of her PhD scholarship (P.O.R. Sardegna F.S.E. Operational Programme of the Autonomous Region of Sardinia, European Social Fund 2007-2013 - Axis IV Human Resources, Objective I.3, Line of Activity I.3.1.).

INTRODUZIONE

La presente tesi si pone come scopo lo studio della nuova disciplina dell'occupazione acquisitiva, introdotta nel nostro ordinamento con l'art. 42 *bis* del D. P. R. 8 giugno 2001, n. 327 - Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità.

La nuova disciplina colma la lacuna che si è venuta a creare nell'ordinamento in seguito alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43, T.u. Espropriazione, per effetto della sentenza della Corte Costituzionale 8 ottobre 2010, n. 293.

L'istituto mira a regolare il fenomeno delle occupazioni illegittime della pubblica amministrazione sui suoli altrui, un'anomalia tanto diffusa nel nostro ordinamento da diventare negli anni una patologia conclamata nel rapporto tra potere pubblico e proprietà privata.

Prima del testo unico, l'ordinamento non prevedeva alcuna normativa specifica che regolasse questi fenomeni, i quali realizzavano sostanzialmente una violazione delle regole previste in materia di proprietà e di espropriazione.

Non stupisce, quindi, che sulle occupazioni illegittime si sia scritto tanto.

La prima disciplina delle occupazioni illegittime nel nostro ordinamento è di origine pretoria: infatti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la nota sentenza 26 febbraio 1983, n. 1464, hanno elaborato l'istituto dell'accessione invertita, anche noto come occupazione acquisitiva.

La regola dell'accessione invertita ha dato vita ad una nuova fattispecie acquisitiva a titolo originario della proprietà in favore della pubblica amministrazione che abbia occupato illegittimamente un suolo privato.

Poiché il principio coniato dalla giurisprudenza era estraneo ai principi del diritto civile, per anni la migliore dottrina ha criticato il *modus operandi* invalso nella pubblica amministrazione e avvalorato dalla giurisprudenza, giudicandolo una mera forma di arroganza del potere pubblico.

L'approvazione del testo unico in materia di espropriazioni ha risolto il problema della lacuna normativa, introducendo una disciplina giuridica sulle occupazioni illegittime, al preciso scopo di riportare l'esercizio dell'attività amministrativa entro i crismi del principio di legalità.

La nuova previsione normativa è prima di tutto la risposta del legislatore alle

numerose condanne subite dall'Italia ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha ripetutamente sostenuto che le espropriazioni indirette (così denominate dalla Corte) si pongono in contrasto con il diritto di proprietà tutelato nell'art.1, primo Protocollo CEDU.

Ma la disciplina dell'occupazione acquisitiva è anche espressione della chiara volontà del legislatore a non voler rinunciare ad un istituto tanto vantaggioso per l'autorità.

Potremmo dire che l'occupazione acquisitiva, per la storia che la contraddistingue, è l'emblema della difficile convivenza tra interessi pubblici e interessi privati, che nel caso di specie è anche più significativo, considerando il fatto che il potere pubblico incide su un diritto costituzionalmente garantito.

Per tutti questi motivi, si è deciso di anteporre alla trattazione dell'art. 42 *bis* l'esame del diritto di proprietà, come concepito nell'ordinamento giuridico italiano e nelle fonti sovranazionali, con particolare attenzione all'ordinamento comunitario e all'ordinamento CEDU.

Grazie a questo studio, si è potuta affrontare la questione relativa alla riconducibilità del diritto di proprietà tra i diritti inviolabili dell'uomo, nonché esaminare il contenuto sostanziale del diritto stesso.

Nella Costituzione italiana, la disciplina del diritto di proprietà deve essere improntata al perseguimento della funzione sociale, quale sinonimo di interessi generali, o pubblici che dir si voglia. Questi ultimi sono anche il presupposto per l'esercizio del potere espropriativo, il quale rappresenta anche la più grave forma di incisione da parte del potere pubblico sul diritto di proprietà.

Per questo motivo, la dottrina sostiene che l'espropriazione rompa la pace sociale esistente tra interesse pubblico e interesse privato, e che l'indennizzo sia lo strumento adibito a ricomporre il conflitto.

Orbene, il testo unico, disciplinando le «utilizzazioni senza titolo di un bene per scopi di pubblico interesse», ha introdotto una nuova forma di ablazione reale, che si *affianca* all'ordinario procedimento espropriativo.

Invero, *prima facie*, la nuova disposizione, avendo disciplinato un meccanismo che, comunque, assicura all'amministrazione l'acquisizione del bene immobile, sembra introdurre uno strumento alternativo al procedimento espropriativo.

Questa riflessione è il filo conduttore dell'intero lavoro che si presenta.

Dall'analisi della fattispecie si cercherà, infatti, comprendere come operi la nuova procedura di acquisizione e se questa si conformi alla Costituzione italiana e ai principi elaborati dalla Corte EDU in materia di espropriazione.

Il dubbio che l'atto di acquisizione *ex art. 42 bis* non possa essere considerato idoneo a soddisfare detti principi si evince da alcune particolarità proprie dell'istituto, quali il fatto che la disposizione trova applicazione anche quando manchi o sia stata annullata la dichiarazione di pubblica utilità, nonché quando sia stato annullato il vincolo preordinato all'esproprio, e dal fatto che non sia previsto un procedimento partecipato per l'acquisizione dei dati e degli interessi.

Entrambi questi aspetti inevitabilmente viziano l'atto di acquisizione sin dalla sua origine e spingono l'interprete ad interrogarsi reale natura del *nuovo* potere amministrativo riservato alla pubblica amministrazione.

CAPITOLO I

Diritto di proprietà e potere pubblico

Parte I – Diritto di proprietà e Costituzione

1. Premessa.....	pag.9
2. Il diritto di proprietà nella Costituzione.....	pag.10
2.1. La « <i>funzione sociale</i> » della proprietà.....	pag.11
3. Proprietà privata e potere pubblico. L'espropriazione.....	pag.14
3.1. Relazione tra la funzione sociale ed i motivi di interesse generale.....	pag.17
3.2. L'indennità di espropriazione.....	pag.17
4. Il diritto di proprietà è un diritto inviolabile?.....	pag.19

II Parte – La tutela «multilivello» del diritto di proprietà.

1. La molteplicità dei livelli di tutela del diritto di proprietà.....	pag.20
2. Rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano.....	pag.21
2.1. Il diritto di proprietà nella CEDU.....	pag.25
2.1.2. L'importanza del concetto di « <i>bene</i> » per definire la nozione di proprietà	pag.27
2.1.3. L'art. 1 primo Protocollo addizionale CEDU.....	pag.28
2.1.3.1. Il principio di legalità.....	pag.29
2.1.3.2. Principio dell'esistenza di una causa legittima di pubblica utilità.....	pag.31
2.1.3.3. La proporzionalità dell'ingerenza.....	pag.32
3. Il diritto comunitario nell'ordinamento italiano.....	pag.35
3.1. Il diritto di proprietà nel diritto comunitario.....	pag.36
4. Il diritto di proprietà è un diritto fondamentale per l'ordinamento sovranazionale.....	pag.39

CAPITOLO II

L'occupazione acquisitiva: storia di un istituto.

1. Le occupazioni illegittime dei beni immobili privati da parte della pubblica amministrazione.....	pag.43
--	--------

1.1. La sentenza delle Sezioni Unite del 26 febbraio 1983, n. 1464.....	pag.45
1.2. Le critiche della dottrina.....	pag.47
1.3. La giurisprudenza successiva alle sezioni unite del 1983. Le sezioni unite 1987 e 1988.....	pag.49
1.3.1. L'intervento delle sezioni unite n. 12543 del 1992.....	pag.51
1.3.2. La posizione della Corte costituzionale.....	pag.53
2. Gli interventi legislativi in materia di occupazione acquisitiva.....	pag.57
3. Gli elementi essenziali dell'occupazione acquisitiva.....	pag.58
3.1. La dichiarazione di pubblica utilità.....	pag.58
3.2. L'irreversibile trasformazione del fondo.....	pag.60
3.3. Il risarcimento del danno.....	pag.62
4. Una prima conclusione: l'occupazione acquisitiva rientra nella materia delle espropriazioni.....	pag.66
5. La posizione della Corte Europea dei diritti dell'uomo sull'espropriazione di fatto.....	pag.66
5.1. Il vaglio della Corte Europea dei diritti dell'uomo sull'occupazione acquisitiva.....	pag.68
5.2. La Corte riconosce al proprietario il diritto ristoro integrale del danno.....	pag.71
5.3. Le reazioni alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.....	pag.73
5.4. La giurisprudenza successiva alle sentenze della Corte di Strasburgo.....	pag.74

CAPITOLO III

La disciplina dell'occupazione sanante nel testo unico in materia di espropriazione

1. Premessa.....	pag. 77
2. L'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico: profili generali dell'occupazione sanante.....	pag.78
3. L'art. 43 Tu espropriazione. L'occupazione sanante « <i>amministrativa</i> ».....	pag.79
3.1. L'occupazione sanante « <i>giudiziale</i> ».....	pag.82
3.2. La retroattività dell'acquisizione sanante.....	pag.83

3.3. Le reazioni alla novità normativa.....	pag.85
3.4. La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43 T.u. espropriazioni.....	pag.88
3.5. Il problema della lacuna normativa.....	pag.91
4. L'art. 42 <i>bis</i> del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità.....	pag.94
4.1. La nuova disciplina dell'occupazione sanate.....	pag.94
4.2. L'autorità competente ad adottare l'atto di acquisizione sanante.....	pag.95
4.3. I presupposti dell'atto di acquisizione: a) <i>La modifica del bene</i>	pag.96
b) <i>L'assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità</i>	pag.98
c) <i>L'utilizzazione per scopi di interesse pubblico</i>	pag.100
d) <i>La valutazione degli interessi in conflitto</i>	pag.100
e) <i>L'indennizzo</i>	pag.102
4.3. Ulteriori aspetti rilevanti dell'art. 42 <i>bis</i>	pag.103
5. Giurisdizione: cenni.....	pag.106
6. Prime applicazioni giurisprudenziali dell'art. 42 <i>bis</i>	pag.110
7. Prime conclusioni. Dubbi sulla legittimità dell'art. 42 <i>bis</i>	pag.113

CAPITOLO IV

L'occupazione acquisitiva e il principio del giusto procedimento

1. Le criticità della disciplina dell'occupazione acquisitiva.....	pag.115
2. Il principio del giusto procedimento.....	pag.117
3. Il principio del giusto procedimento espropriativo.....	pag.120
3.1. Esiste il principio del giusto procedimento acquisitivo?.....	pag.124
4. I possibili profili di illegittimità dell'art. 42 <i>bis</i>	pag.127
5. La sentenza della Corte costituzionale 30 aprile 2015, n. 71. Primi impressioni.....	pag.129

CAPITOLO I

Diritto di proprietà e potere pubblico

Parte I – Diritto di proprietà e Costituzione

1. Premessa.

Nell'ordinamento giuridico il diritto di proprietà convive con l'esercizio del potere pubblico, nel complesso rapporto che li vede spesso coinvolti è sempre quest'ultimo a prevalere, posto che è chiara la posizione di primazia che gli viene riconosciuta nell'ordinamento; istituti come l'espropriazione e l'occupazione non sono altro che il mezzo attraverso il quale il legislatore riconosce e legittima tale primazia.

In questa sede ci apprestiamo ad affrontare il complesso fenomeno dell'occupazione in sanatoria, pertanto è necessario prima di tutto soffermarsi sul concetto di proprietà accolta dalla Costituzione repubblicana e dalle fonti del diritto sovranazionale¹.

L'art. 42 della Cost., comma 2, stabilisce che *«la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti»*.

La Costituzione riconoscendo la funzione sociale del diritto di proprietà ha legittimato l'intervento legislativo a discapito della proprietà privata e, per l'effetto, ha, secondo alcuni², eretto un vero e proprio ostacolo per la riconduzione del diritto di proprietà tra i diritti inviolabili dell'uomo.

La questione della riconducibilità del diritto di proprietà tra i diritti inviolabili dell'uomo non attiene ad un dibattito meramente teorico. La qualificazione *«inviolabile»*, infatti, conferisce al diritto una particolare tutela rispetto al potere politico. Tale tutela si traduce nella garanzia di intangibilità del diritto da parte

¹ Per l'esame del diritto di proprietà nella Costituzione si veda: U. NATOLI, *La proprietà*, Milano, 1965; M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. Dir.*, 1971, p. 443; S. RODOTÀ, *Commento all'art. 42 Cost.*, in *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, a cura di G. BRANCA, tomo II, Bologna, 1982, p. 69; dello stesso autore, *Il terribile diritto*, Bologna, 1990, p. 175; A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, p. 465; S. MANGIAMELLI, *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, 1986, p. 1; C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, p. 25; A. IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, Napoli, 1980; G. B. VERBARI, *La dichiarazione di pubblico interesse*, Milano, 1974, p. 18.

² R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 155.

del potere politico³, che, identificato nel potere esecutivo e nel potere legislativo, è legittimato ad incidere su detti diritti solo ove consentitogli dalla legge⁴.

L'istituto della proprietà si scontra con la complessa realtà giuridica caratterizzata dal pluralismo degli ordinamenti, per questo motivo, oltre all'esame dell'art. 42 Cost., si procederà all'analisi della disciplina del diritto di proprietà nelle fonti sovranazionali, con particolare riferimento alla funzione assolta dal diritto nell'ordinamento comunitario e nell'ordinamento CEDU.

L'approfondita analisi del regime giuridico del diritto di proprietà nei diversi ordinamenti ci sarà utile per accertare se, al pari di altri diritti, la proprietà sia definita dalla Costituzione come un diritto inviolabile.

2. Il diritto di proprietà nella Costituzione.

La Costituzione tratta del diritto di proprietà negli articoli 42, 43 e 44; tralasciando in questa sede l'esame degli art. 43 e 44 Cost., rispettivamente, relativi alla proprietà terriera ed all'espropriazione di imprese private di particolare interesse nazionale, la nostra analisi riguarderà l'art. 42.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione italiana, per anni la dottrina⁵ ha criticato la formulazione dell'art. 42 Cost., giudicando sommario il suo contenuto, soprattutto se paragonato alla disciplina del diritto dominicale prevista nel previgente codice civile del 1942.

In particolare, alla disposizione costituzionale veniva contestato il grave difetto di negare al diritto di proprietà la natura di diritto inviolabile⁶, un riconoscimento espressamente previsto perfino nello Statuto Albertino⁷.

La scelta del legislatore costituente era stata interpretata come la chiara volontà di abbandonare le teorie liberali sulla proprietà in favore di una concezione sociale della stessa; questa dottrina vedeva nella previsione del limite della funzione sociale contenuta nell'art. 42 Cost. la conferma della

³ M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali*, cit. p. 464.

⁴ M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali*, cit. p. 464; G. OBERTO, *La tutela dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali, ovvero del difficile dialogo tra carte e corti?*, in *Dir. famiglia*, 2013, 173;

⁵ M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali*, cit., p. 451 ss.; S. RODOTA', *Commento*, cit., p. 72; S. MANGIAMELI, *La proprietà*, cit., p. 6.

⁶ A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali*, cit., p. 467; M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali*, cit., p. 464.

⁷ Art. 29 Statuto Albertino al comma 1 recitava «*Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili*». Nonostante la solennità dell'affermazione contenuta nella disposizione, essendo lo Statuto Albertino una costituzione flessibile, i diritti in esso tutelati non avevano alcuna garanzia, non solo di tutela, ma neanche di esistenza, posto che ogni loro prerogativa era garantita fintanto che il legislatore ordinario non avesse pattuito diversamente.

validità della propria interpretazione⁸.

Effettivamente, la norma non fornisce all'interprete la definizione del diritto di proprietà, né tantomeno ne precisa il contenuto, rimettendo, con una riserva di legge relativa, questo compito al legislatore, risulta pertanto difficile delineare, solo sulla base del testo normativo, l'oggetto della tutela costituzionale. Il fatto che l'art. 42 Cost. non dia alcuna indicazione circa il regime giuridico della proprietà, attribuendo questo compito al legislatore ordinario⁹, ha rafforzato, quindi, le critiche della dottrina¹⁰.

Questa dottrina è arrivata a sostenere che la previsione costituzionale semplifichi eccessivamente i problemi connessi al diritto di proprietà, i quali vengono chiaramente sottovalutati data la loro reale complessità: la mancanza di novità del testo costituzionale, unita al fatto che la preesistente disciplina giuridica della proprietà continuasse ad essere vigente, giustificavano lo scarso interesse suscitato dalla norma in esame negli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione.

Successivamente, grazie anche al contributo della Corte Costituzionale¹¹, è maturata nella dottrina¹² la consapevolezza che la previsione contenuta nell'art. 42 Cost. ha consolidato la tutela del diritto di proprietà e, per un verso, l'ha rafforzata, assoggettando la normativa di riferimento al sindacato di legittimità costituzionale.

2.1. La «funzione sociale» della proprietà.

Dopo questa breve analisi esegetica, entriamo ora nel merito nell'art. 42 Cost.; come già osservato, dalla norma costituzionale non è possibile trarre la nozione di diritto di proprietà, né tantomeno la sua disciplina; essa però in modo molto significativo riconosce il diritto di proprietà, demandando poi al legislatore ordinario la determinazione della disciplina positiva.

L'art. 42 Cost., dopo aver precisato, al primo comma, che la proprietà è pubblica o privata, al comma 2 prevede che la legge determina i modi di acquisto, di godimento ed i limiti del diritto di proprietà, in modo che ne sia garantita la funzione sociale e che sia resa accessibile a tutti¹³. La riserva di

⁸ M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali*, cit., p. 456; S. MANGIAMELI, *La proprietà*, cit., p. 1; S. RODOTÀ, *Commento*, cit., p. 69.

⁹ A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali*, cit., p. 456.

¹⁰ S. MANGIAMELI, *La proprietà*, cit., p. 31; S. RODOTÀ, *Commento*, cit., p. 69.

¹¹ Corte cost., 20 gennaio 1966, n. 6; Corte cost., 29, maggio 1968, n.55.

¹² S. MANGIAMELI, *La proprietà*, cit., p. 42; M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali*, cit., p. 458; S. RODOTÀ, *Commento*, cit., p. 69.

¹³ Corte Cost., 29, maggio 1968, n.55 precisa che «Secondo i concetti, sempre più progredienti, di solidarietà sociale, resta escluso che il diritto di proprietà possa venire

legge contenuta dell'art. 42 Cost. è una disposizione di garanzia rispetto al potere legislativo, non meno efficace solo perché la Costituzione non dà al legislatore alcuna indicazione in merito al regime giuridico della proprietà¹⁴, infatti, la sola esistenza della previsione assicura al diritto la garanzia costituzionale¹⁵. Inoltre, il potere che la disposizione costituzionale riserva al legislatore ordinario non deve essere considerato un mandato in bianco¹⁶.

L'art. 42, comma 2, Cost., infatti, prevede che tale potere sia finalizzato a garantire la funzione sociale del diritto di proprietà e a rendere la stessa accessibile a tutti.

Detti vincoli corrispondono all'idea stesso di Stato accolta nella Carta costituzionale; quest'ultima, sebbene accolga i principi dello Stato di diritto, detta le basi per il moderno Stato sociale, dove l'uomo possa affermarsi come individuo e la solidarietà sociale, politica ed economica siano i criteri cardine per la realizzazione della personalità individuale e del benessere comune mediante la partecipazione di tutti¹⁷.

Si parla in proposito di «funzionalizzazione» del diritto di proprietà, nel senso di ritenere il diritto in questione come un diritto-obiettivo, ossia un diritto la cui disciplina deve perseguire uno scopo ulteriore da quello suo proprio individuato a monte dal legislatore costituente. Per questo motivo alcuni si sono interrogati sulla qualificazione giuridica della proprietà e sulla possibilità che essa non sia

inteso come dominio assoluto ed illimitato sui beni propri, dovendosi invece ritenerlo caratterizzato dall'attitudine di essere sottoposto nel suo contenuto, ad un regime che la Costituzione lascia al legislatore di determinare. Nel determinare tale regime, il legislatore può persino escludere la proprietà privata di certe categorie di beni, come pure può imporre, sempre per categorie di beni, talune limitazioni in via generale, ovvero autorizzare imposizioni a titolo particolare, con diversa gradazione e più o meno accentuata restrizione delle facoltà di godimento e di disposizione. Ma tali imposizioni a titolo particolare non possono mai eccedere, senza indennizzo, quella portata, al di là della quale il sacrificio imposto venga a incidere sul bene, oltre ciò che è connaturale al diritto dominicale, quale viene riconosciuto nell'attuale momento storico. Al di là di tale confine, essa assume carattere espropriativo».

¹⁴ A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali*, cit., p. 470.

¹⁵ S. MANGIAMELI, *La proprietà*, cit., p. 42; Corte cost., 20 gennaio 1966, n. 6, osserva che «la determinazione dei modi di acquisto e di godimento e dei limiti, volta, come deve essere, a regolare l'istituto della proprietà privata, a stabilirne, cioè, la configurazione nell'ordinamento positivo, non può violare la garanzia accordata dalla Costituzione al diritto di proprietà, sopprimendo l'istituto della proprietà privata o negando ovvero comprimendo singoli diritti senza indennizzo. La logica del sistema impone di considerare che la violazione della garanzia si avrebbe non soltanto nei casi in cui fosse posta in essere una traslazione totale o parziale del diritto, ma anche nei casi in cui, pur restando intatta la titolarità, il diritto di proprietà venisse annullato o menomato senza indennizzo».

¹⁶ La funzione sociale è vista come un limite al diritto di proprietà da A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali*, cit., p. 474.

¹⁷ A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali*, cit., p. 470.; A. BALDASSARRE, *Le ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, in *Dem. e dir.*, 1976, p. 265.

più annoverabile tra i diritti soggettivi¹⁸.

Questo aspetto è il nodo più intricato per il giurista, chiamato a spiegare la relazione tra il diritto e la sua funzione. Sicuramente la funzione sociale è concepita nella previsione costituzionale come il presupposto della disciplina del diritto di proprietà, ma non per questo deve essere considerata una componente stessa del diritto. Nel nostro ordinamento, infatti, la proprietà non deve essere necessariamente socialmente utile¹⁹.

Essa è e rimane l'espressione massima dei diritti soggettivi, rispetto alla quale la funzione sociale costituisce un limite che si manifesta, e prevale, quando il diritto si scontra con l'interesse pubblico²⁰, pertanto, il diritto di proprietà è sicuramente una delle massime espressioni giuridiche dei diritti individuali e tale resta nonostante il dettato costituzionale.

L'art. 42, comma 2, Cost. indubbiamente introduce nell'ordinamento giuridico un elemento *atipico* nella tradizionale concezione del diritto di proprietà, ma se inteso nel senso sopra detto, esso è perfettamente consono al sistema costituzionale, il quale accoglie una concezione sociale dei diritti economici in generale. La prova di ciò emerge proprio dal Titolo III della Costituzione, dedicato ai «*Rapporti economici*», dove si riconoscono il diritto d'iniziativa economica ed il diritto di proprietà da esercitarsi in conformità degli interessi sociali.

Non vi è nessun dubbio, quindi, sul fatto che la funzione sociale assume un ruolo primario nella struttura della disciplina del diritto di proprietà e, per questo motivo, è altrettanto importante definirne il significato.

In modo molto elementare si potrebbe dire che la definizione di funzione sociale equivale a quella di benessere collettivo²¹; ciò implica che la disciplina del diritto di proprietà, oltre a regolare l'esercizio del diritto dominicale, si pone come obiettivo quello di perseguire gli interessi che non sono propri del proprietario ma sono propri di tutti²².

¹⁸ F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovranazionali di civiltà, Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002, p. 145, l'Autore distingue il diritto di proprietà ed il bene oggetto del diritto medesimo. Senza mai mettere in dubbio il fatto che il diritto di proprietà sia un diritto soggettivo, nega che questi abbia carattere funzionale. Diversamente si deve concludere per il bene, il quale, a prescindere dal diritto, può essere destinato a soddisfare interessi alieni a quelli del proprietario. Ciò perché il bene è diversamente utilizzabile nella realtà. In base alla natura del bene, poi, è possibile individuarne la destinazione e, quindi, la funzione sociale.

¹⁹ A. IANNELLI, *La proprietà*, cit., p. 237.

²⁰ U. NATOLI, *La proprietà*, cit., p. 6.

²¹ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 190, sostiene che la formula di utilità sociale è il contrapposto di quella di utilità individuale.

²² A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali*, cit., p. 474; F. BILANCIA, *I diritti fondamentali*, cit., p. 145; S. RODOTÀ, *Commento*, cit., p. 111; S. MANGIAMELI, *La*

È compito del legislatore ordinario, titolare della riserva di legge, realizzare il collegamento tra la funzione sociale e l'interesse individuale. Questo collegamento dipende dalla comparazione degli interessi pubblici e privati in conflitto, dalla quale è possibile individuare la funzione sociale rispetto alla realtà presa in considerazione. Infatti, la nozione di funzione sociale è prima di tutto un elemento concreto che muta il suo significato in relazione al tipo di proprietà²³.

Nello specifico, si chiede al legislatore di valutare la realtà economico – sociale del periodo storico di riferimento e, anche con l'ausilio del sistema normativo vigente, circoscrivere gli interessi rilevanti per delineare la funzione sociale²⁴. Quindi, il riferimento alla funzione sociale rileva non solo come funzione del diritto di proprietà, ma anche come criterio guida per il legislatore che legifera in materia di proprietà, il quale deve modulare il contenuto del diritto di proprietà, a prescindere dall'interesse del suo titolare, ponendosi come obiettivo l'interesse della società²⁵.

Le prescrizioni previste dalla legge e volte a soddisfare la funzione sociale si traducono in vincoli che limitano il godimento pieno e assoluto del diritto da parte del suo titolare. Si parla in proposito di potere conformativo, perché dette prescrizioni conformano il diritto di proprietà ad un interesse pubblico²⁶.

3. Proprietà privata e potere pubblico. L'espropriazione.

Si parla invece di potere ablatorio quando si tratta del potere espropriativo²⁷; alla distinzione tra potere conformativo e potere ablatorio corrispondono le

proprietà, cit., p. 61; A. IANNELLI, *La proprietà, cit.*, p. 254; G. B. VERBARI, *La dichiarazione di pubblico interesse, cit.*, p. 35.

²³ M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali, cit.*, p. 475; F. BILANCIA, *I diritti fondamentali, cit.*, p. 145.

²⁴ F. BILANCIA, *I diritti fondamentali, cit.*, p. 145.

²⁵ S. RODOTÀ, *Commento, cit.*, p. 111.

²⁶ F. CARINGELLA, M. DE PALMA, *Potere espropriativo e proprietà privata*, Milano, 2005, p. 117; E. ZAMPETTI, *Acquisizione sanante e principi costituzionali*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 569; S. RODOTÀ, *Commento, cit.*, p. 180.

²⁷ L'espropriazione per pubblica utilità è espressione della attività ablatoria della pubblica amministrazione. In merito si devono fare alcune precisazioni. Nell'ambito dei procedimenti ablatori c.d. reali l'espropriazione ricopre indubbiamente una posizione di rilievo, ma essa non ha ad oggetto solo il diritto di proprietà. Astrattamente l'espropriazione può avere ad oggetto qualunque diritto reale e si caratterizza per l'estinzione del diritto medesimo. Inoltre, essa non esaurisce il novero dei procedimenti ablatori che possono avere ad oggetto il diritto di proprietà, tra questi si rammenta la requisizione in proprietà e la confisca amministrativa. Ciò chiarito, non vi è dubbio che la Costituzione nell'art. 42 comma 3, con il termine «espropriazione» si riferisca esclusivamente all'espropriazione della sola proprietà privata. Sul tema si veda: M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali, cit.*, p. 485; A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali, cit.*, p. 479; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, p. 1217; S. RODOTÀ, *Commento, cit.*, p. 180.

previsioni contenute rispettivamente nei commi 2 e 3 dell'art. 42 Cost..

Mentre le prescrizioni a carattere conformativo incidono sul contenuto del diritto di proprietà in modo tale da influire sulla sua configurazione, le prescrizioni a carattere ablativo svuotano il diritto dominicale nella sua essenza, giacché il diritto di proprietà cessa di esistere²⁸.

L'espropriazione per pubblica utilità rappresenta l'ipotesi più significativa di incisione del diritto di proprietà da parte del potere pubblico. Con l'espropriazione il soggetto pubblico può, per motivi di interesse generale (o pubblico), appropriarsi di un diritto di proprietà di un immobile o di un altro diritto reale su di esso, dietro pagamento di un indennizzo al suo proprietario. In tal modo si realizza il trasferimento coattivo del diritto di proprietà dal soggetto privato in favore del soggetto pubblico. L'effetto estintivo e l'effetto acquisitivo del diritto sono gli effetti tipici del provvedimento di esproprio²⁹. Contemporaneamente viene meno la pacifica convivenza tra interesse pubblico e interesse privato, mentre l'indennizzo è lo strumento deputato a ricomporre il conflitto.

Infatti, la Carta costituzionale, nel comma 3 dell'art. 42, prevede che, nei casi stabiliti dalla legge, la proprietà privata può essere espropriata per perseguire interessi generali e salvo il pagamento di un indennizzo.

Ai fini del nostro percorso, ci interessa approfondire in particolare il requisito dei «*motivi di interesse generale*» che la Costituzione pone come presupposto per l'esercizio del potere espropriativo; o «*causa di interesse pubblico*», secondo la previsione contenuta nell'art. 834 del codice civile. Non ci interessa però individuare o definire i «*motivi di interesse generale*», o «*causa di interesse pubblico*» che dir si voglia, quanto studiare il procedimento in cui detti motivi si esplicano al fine di comprenderne il significato.

L'espropriazione, infatti, è finalizzata alla costruzione di opere pubbliche. Queste non sono altro che «*il risultato espropriativo, caratterizzato dalla estinzione di una posizione di diritto soggettivo*»³⁰. Il risultato di un procedimento amministrativo, il procedimento espropriativo.

Dal fatto che la Costituzione legittimi l'espropriazione solo per motivi di interesse generale emerge l'importanza del procedimento, nel quale hanno risalto appunto le ragioni che giustificano il sacrificio imposto al privato.

L'art. 42, comma 3, Cost. prevede quindi una riserva di legge e una riserva

²⁸ F. CARINGELLA e M. DE PALMA, *Potere espropriativo*, cit., p. 126; S. RODOTÀ, *Commento*, cit., p.180; E. ZAMPETTI, *Acquisizione sanante*, cit., p. 569.

²⁹ M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali*, cit., p. 477.

³⁰ S. RODOTÀ, *Commento*, cit., p.180.

di procedimento³¹; quanto alla prima, la Costituzione rimette alla legge il compito di stabilire tutti gli aspetti necessari a delimitare il potere discrezionale del legislatore in materia di espropriazione. Il compito del legislatore è quello di definire gli interessi che legittimano l'esproprio ed individuare i beni espropriabili. Il procedimento espropriativo, di competenza specifica dell'amministrazione, ha poi luogo nel rispetto della previsione legislativa.

Emerge l'importanza della fase procedimentale, quale luogo naturale ove l'amministrazione procede alla comparazione degli interessi coinvolti al fine di individuare i motivi di interesse generale. Nel procedimento vengono valutati tutti gli interessi relativi alla proprietà, pubblici e privati; in questa sede, quindi, nasce un rapporto giuridico tra il privato proprietario e la pubblica amministrazione caratterizzato da reciproci diritti e obblighi³².

Queste premesse ci inducono a sostenere che è legittimo solo il risultato ablatorio frutto del bilanciamento degli interessi pubblici e privati coinvolti nel caso concreto.

E' significativo che anche nelle disposizioni di origine sovranazionale che disciplinano la materia, delle quali si tratterà meglio in seguito, i limiti al diritto di proprietà e la sua espropriazione siano ammessi solo nel rispetto del principio di legalità, che, in base alle pronunce delle Corti sovranazionali, si realizza solo se lo Stato operi in conformità di norme chiare, precise e determinate.

Dall'analisi dell'art. 42, comma 3, Cost. emerge chiaramente l'importanza che il legislatore costituzionale ha riservato all'istituto dell'espropriazione, infatti, la consapevolezza che l'espropriazione colpisce il diritto di proprietà nella sua esistenza, unita alla necessità di riconoscere in questo caso a favore del privato delle garanzie, sono le premesse della disciplina giuridica dell'istituto in esame.

Tutto il procedimento espropriativo, che ha inizio con la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, e termina con il decreto di esproprio, è volto a rendere noto al privato il perché dell'ablazione. La garanzia procedimentale si traduce quindi in garanzia di tutela sostanziale e processuale; in *primis*, nel procedimento ha luogo la comparazione tra l'interesse pubblico e l'interesse privato, e, secondariamente, sul piano processuale, si riconosce al privato il potere di ricorrere in sede giurisdizionale per contestare la decisione espropriativa.

Ovviamente tutto questo non è possibile se l'apprensione del bene è

³¹ E. ZAMPETTI, *Acquisizione sanante*, cit., p. 569.

³² G. B. VERBARI, *La dichiarazione di pubblico interesse*, cit., p. 36.

avvenuta a causa di un comportamento della pubblica amministrazione, prescindendo dal procedimento. In questo caso, la situazione è in concreto definitivamente compromessa, a causa di un comportamento che è semplicemente un atto di forza della pubblica amministrazione.

3.1. Relazione tra la funzione sociale ed i motivi di interesse generale.

A questo punto della nostra trattazione, è necessario chiedersi se tra la funzione sociale ed i motivi di interesse generale, previsti, rispettivamente, nei commi 2 e 3 dell'art. 42 Cost., possa ravvisarsi un'identità di fini.

In entrambi i casi siamo di fronte a clausole dal contenuto generale, il cui significato evoca l'idea di benessere comune; in realtà una simile semplificazione non è accettabile, perché non è possibile considerare le due formule l'una il sinonimo dell'altra, né tanto meno porle in rapporto di genere a specie.

Le due formule non sono infatti riconducibili ad un'unica nozione; mentre la funzione sociale è il criterio direttivo che governa la disciplina di tutto il diritto di proprietà, i motivi di interesse generale rilevano nell'ipotesi specifica dell'espropriazione³³.

Richiamando la distinzione già menzionata nel paragrafo precedente, si concorda con chi ha concluso nel senso di intendere la funzione sociale come il parametro dei vincoli conformativi ed i motivi di interesse generale come il parametro dei vincoli espropriativi³⁴. Ciò nonostante, credo che l'espropriazione possa essere capita soltanto se posta in relazione alla funzionalizzazione del diritto di proprietà. La disciplina del diritto di proprietà, come detto, ha come fine sia la tutela degli interessi economici del privato, sia la funzione sociale del diritto stesso. Pertanto, il diritto di proprietà è il centro di imputazione di interessi diversi: fra questi vi è sicuramente l'interesse pubblico o generale, il quale, quindi, diventa parte integrante del contenuto del diritto dominicale. In questo contesto la funzione sociale risulta notevolmente rafforzata.

3.2. L'indennità di espropriazione.

Si è detto che il ruolo che il legislatore costituzionale assegna all'indennizzo è quello di ricomporre la frattura che il provvedimento espropriativo provoca nella pacifica coesistenza tra interesse pubblico e interesse privato. Il diritto del privato all'indennizzo matura quando il potere di esproprio viene esercitato

³³ S. RODOTÀ, *Commento, cit.*, p.180; M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali, cit.*, p. 477; A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali, cit.*, p. 479.

³⁴ E. ZAMPETTI, *Acquisizione sanante, cit.*, p. 569.

dalla pubblica amministrazione procedente, ossia quando viene emanato il decreto di esproprio, in seguito al quale il proprietario ha il diritto soggettivo all'indennizzo.

Proprio perché l'indennizzo rappresenta l'elemento capace di garantire l'equilibrio tra gli interessi pubblici e gli interessi privati, si comprende perché la sua quantificazione costituisca il momento più delicato.

Sul tema è intervenuto più volte il legislatore ed anche gli interventi della dottrina e della giurisprudenza sono stati numerosi³⁵: in questa sede è importante sottolineare come l'indennizzo sia lo strumento adibito a garantire un equilibrio tra il diritto di proprietà del privato e l'esercizio del potere pubblico, non solo perché è la Costituzione a prevederlo, ma soprattutto alla luce della tutela prevista dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta di Nizza³⁶.

Lo scopo a cui è deputato rende necessario che l'indennizzo sia giusto; fermo restando che non è necessariamente tale l'indennizzo equivalente al valore venale del bene³⁷. Infatti, la Corte ha da sempre riconosciuto la discrezionalità del legislatore di legiferare in materia, chiarendo però che l'indennizzo non è giusto qualora sia meramente simbolico e del tutto irrisorio, dovendo esso garantire al privato «*un serio ristoro*» per il sacrificio patito³⁸.

Nella sentenza del 24 ottobre 2007, n. 348, la Corte è giunta alla conclusione che «*l'indennizzo cui lo Stato è tenuto in caso di espropriazione non può ritenersi legittimo se non consiste in una somma che si ponga in rapporto ragionevole con il valore del bene*».

Il medesimo principio è una costante della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale in numerose sentenze ha sostenuto la necessità che l'indennizzo sia ragionevole, intendendo tale la somma calcolata in rapporto al valore venale del bene³⁹.

³⁵ F. CARINGELLA e M. DE PALMA, *Potere espropriativo*, cit., p. 6; F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *Indennità di esproprio ed occupazione appropriativa nel panorama normativo – giurisprudenziale*, Milano, 1995, p. 57; G. LEONE, *Indennità di espropriazione: tutto risolto? Ovvero sulla (in)esistenza dei vincoli espropriativi e conformativi*, in *Riv. giur. edilizia*, fasc.6, 2008, pag. 185.

³⁶ F. CARINGELLA e M. DE PALMA, *op. ult. cit.*, p. 65.

³⁷ Corte cost., 29 dicembre 1959, n. 67; Corte cost., 18 febbraio 1960, n. 5; Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348.

³⁸ Corte cost., 18 febbraio 1960, n. 5.

³⁹ Corte dir. uomo, 8 luglio 1986, *Lithgow e altri c. Regno Unito*; Corte dir. uomo, 22 settembre 1994, *Hentrich c. France*; Corte dir. uomo, 21 febbraio 1986, *James c. Regno Unito*; Corte dir. uomo, 22 giugno 2004, *Broniowsky c. Polonia*.

4. Il diritto di proprietà nella previsione costituzionale non è un diritto inviolabile.

In chiusura dell'analisi dell'art. 42 Cost., è possibile rilevare che la proprietà nella visione costituzionale ha perso quella stretta relazione alla persona tipica dello Stato liberale. La stessa dottrina, più volte citata, ha posto in luce il fatto che la Costituzione, demandando al legislatore la disciplina del diritto e indicando la funzione sociale come un elemento da assicurare nella relativa disciplina, non ha definito il diritto di proprietà come un diritto inviolabile⁴⁰.

Credo che la conclusione a cui sono giunti gli illustri autori sia da condividere e che, ad oggi, si debba ritenere che nella sistematica della Costituzione italiana il diritto di proprietà non è un diritto fondamentale. Si deve pertanto negare che esso possa essere collocato tra i diritti inviolabili dell'uomo⁴¹ riconosciuti e garantiti nell'art. 2 Cost..

Ci viene insegnato che i diritti inviolabili sono i diritti «*strettamente inerenti alla persona umana, attinenti a manifestazioni dirette, a modi di essere e di operare dell'uomo come tale*»⁴², questa concezione non è chiaramente idonea a descrivere il diritto di proprietà come contemplato nel testo costituzionale. Esso, infatti, è uno degli istituti che meglio rappresentano il cambiamento ideologico che ha caratterizzato lo Stato italiano: superando le tradizionali concezioni dell'Ottocento, la Costituzione ha spezzato il legame tra diritto dominicale e la persona, facendo prevalere l'interesse sociale su quello individuale.

Per questo motivo, non è possibile elevare la previsione contenuta nell'art. 42, comma 2, Cost. a diritto inviolabile dell'uomo. Infatti, la stessa norma non utilizza mai l'aggettivo «*inviolabile*», presente invece nell'art. 29 dello Statuto Albertino.

Se per l'ordinamento italiano il diritto di proprietà non rientra tra i diritti fondamentali, esso è tale, invece, secondo il diritto comunitario e le norme CEDU. Date le differenze esistenti tra gli ordinamenti considerati, la dottrina ha sostenuto che il ruolo dell'interpretazione è fondamentale al fine di garantire il

⁴⁰ A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali*, cit., p. 467; M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali*, cit., p. 456; S. MANGIAMELI, *La proprietà*, cit., p. 49; S. RODOTA', *Commento*, cit., p. 104; F. G. SCOCA, *Modalità di espropriazione e «rispetto» dei beni (immobili) privati*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 520.

⁴¹ H. P. SCHNEIDER, *Carattere e funzione dei diritti fondamentali dello Stato*, in *Dir. soc.*, 1979, p. 217; F. BILANCIA, *I diritti fondamentali*, cit., p. 207: l'autore evidenzia come i diritti fondamentali assolvano molteplici funzioni, tra queste, quella di essere diritti inviolabili dell'uomo.

⁴² A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali*, cit., p. 467.

coordinamento tra gli stessi⁴³.

Infatti, le interpretazioni dei diritti fondamentali date dai giudici italiani alle norme costituzionali è generalmente in linea con le interpretazioni dei medesimi date dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di Giustizia, al punto che dette interpretazioni permeano nell'ordinamento interno⁴⁴.

Rinviando alle prossime pagine l'analisi delle norme sovranazionali, basti qui precisare che, essendo riconosciuti al diritto di proprietà diversi gradi di tutela, di esso emerge anche una diversa qualificazione giuridica, creando non pochi problemi al giurista, la maggior parte dei quali emergono proprio in tema di occupazione sanante, un istituto che più di ogni altro ha messo in crisi i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale.

Il Parte – La tutela «multilivello» del diritto di proprietà.

3. La molteplicità dei livelli di tutela del diritto di proprietà.

Uno studio completo del diritto di proprietà non è tale se l'interprete si sofferma esclusivamente sulla Costituzione e sulla legislazione nazionale. Come noto, attualmente l'ordinamento giuridico è una realtà complessa che si caratterizza per la molteplicità delle fonti. Esso, infatti, subisce l'influenza dell'ordinamento comunitario e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Pertanto si riconoscono tre livelli di tutela del diritto di proprietà (costituzionale, comunitario e convenzionale), a cui corrispondono i tre livelli di tutela giurisdizionale garantiti dalle rispettive Corti: la Corte costituzionale, la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo.

In verità, altre fonti sono rilevanti nel nostro ordinamento⁴⁵, ma per il tema che ci apprestiamo ad affrontare quelle appena citate sono quelle fondamentali.

Dalla compresenza di tre livelli di tutela del diritto di proprietà derivano prevalentemente problemi di applicazione. Con la particolarità che detti problemi non dipendono dalle differenze delle rispettive discipline, quanto dalla concezione e, con particolare riferimento al diritto comunitario, dalla funzione

⁴³ S. VALAGUZZA, *Riflessioni sul primato attenuato del diritto CEDU e sui suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, in *Riv. it. pubbl. comunit.*, 2008, p. 1375.

⁴⁴ G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 287.

⁴⁵ Il diritto di proprietà è oggetto di tutela anche di altri organismi internazionali, quali l'ONU, WTO, OCSE; G. DELLA CANANEA, *I fattori sovranazionali e internazionali di convergenza e di integrazione* in *AA.VV., Diritto amministrativo comparato*, a cura di G. NAPOLITANO, Milano, 2007, p. 325.

del diritto riconosciuta nei diversi ordinamenti.

2. Rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano.

L'esame del diritto sovranazionale inizierà dalla CEDU, stanti gli ampi richiami fatti dal diritto comunitario a questa fonte.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Parigi il 20 marzo 1952, tutela il diritto di proprietà nell'art. 1 del primo Protocollo addizionale, l'esistenza di una disciplina del diritto di proprietà nella CEDU ha dei risvolti rispetto alla competenza esclusiva che da sempre gli Stati vantano in materia di diritti dominicali.

La competenza esclusiva, si anticipa, non è venuta meno neanche per gli Stati membri rispetto all'Unione Europea, considerato che l'art. 345 TFUE prevede che *«i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri»*. Si vedrà come, rispetto all'ordinamento comunitario, in materia di proprietà, l'influenza di altre fonti, quali la CEDU stessa e la Carta di Nizza, è considerevole.

Il rilievo assunto negli Stati aderenti dalla nozione di proprietà nella CEDU dipende dal rapporto esistente tra l'ordinamento CEDU e l'ordinamento interno. Con particolare riferimento al rapporto tra l'ordinamento CEDU e l'ordinamento italiano, è bene da subito precisare come questo sia stato rivoluzionato per effetto della riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione, avvenuta con la L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, in seguito alla quale nell'art. 117, comma 1, si prevede che *«La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali»*.

La norma accoglie il criterio del cosiddetto del *«rinvio mobile»*, quale tecnica di coordinamento tra il diritto interno ed i trattati⁴⁶. La tecnica del rinvio mobile non riconosce rango costituzionale alle norme contenute negli accordi internazionali ratificati con legge ordinaria, tra i quali la CEDU, ma impone al legislatore di rispettare queste norme nell'esercizio della funzione legislativa⁴⁷.

È corretto affermare che con la nuova formulazione dell'art. 117 Cost. muta il rango delle norme CEDU nel nostro ordinamento e, per l'effetto, il loro livello di integrazione nello stesso.

In origine, il rapporto tra l'ordinamento CEDU e l'ordinamento italiano è nato

⁴⁶ F. SALERNO, *La garanzia costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano* a cura di F. SALERNO e R. SAPIENZA, Torino, 2011, p. 9.

⁴⁷ F. SALERNO, *op. ult. cit.*; G. OBERTO, *La tutela dei diritti*, cit., 173.

secondo il «*modello dualistico*», ossia un modello che riconosceva e preservava la sovranità dello Stato contraente. L'ordinamento italiano era perfettamente autonomo rispetto all'ordinamento CEDU, senza vincoli di subordinazione⁴⁸. Inoltre, l'Italia ha ratificato la CEDU il 26 ottobre del 1955, con la l. 4 agosto 1955, n. 848; poiché la Convenzione è stata resa esecutiva nel nostro ordinamento con la citata legge ordinaria, essa aveva acquistato il relativo posto nella gerarchia delle fonti. Come qualsiasi legge ordinaria, la legge di ratifica era soggetta al principio di successione delle leggi nel tempo sancito dall'art. 11 delle disp. prel. cod. civ., secondo il quale, in caso di conflitto, la legge successiva deroga a quella precedente.

Il livello di integrazione della CEDU nell'ordinamento italiano era pertanto limitato, soprattutto se paragonato a quello del diritto comunitario. Ma d'altronde pacificamente si riteneva che l'Italia, ratificando la CEDU, non avesse acconsentito ad alcuna limitazione della sovranità nazionale, e pertanto rispetto ad essa non trovava applicazione l'art. 11 Cost.⁴⁹; così come l'ordinamento CEDU non trovava il suo fondamento nell'art. 10 Cost., perché questo, facendo riferimento alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, rimandava al diritto consuetudinario internazionale ed ai principi dell'ordinamento internazionale, tra i quali non rientrava la CEDU, essendo un diritto pattizio⁵⁰.

La Corte costituzionale, per prima, aveva escluso che le norme CEDU potessero fungere da parametro per il giudizio di costituzionalità⁵¹; inoltre, si aggiunga che non esisteva alcun rapporto istituzionale tra la Corte EDU e i giudici nazionali, poiché questi ultimi non erano vincolati alle interpretazioni dei diritti CEDU fornite dalla Corte EDU, le quali perdevano in tal modo di effettività⁵².

Nonostante questi limiti sulla carta, si deve rilevare come negli anni antecedenti al 2001 l'integrazione della CEDU nel nostro ordinamento sia stata significativa, grazie soprattutto alla giurisprudenza italiana, la quale riuscì a rendere effettivi i diritti sanciti dalla Convenzione rafforzando la natura della

⁴⁸ S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 5; G. OBERTO, *La tutela dei diritti*, cit., p. 173; F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino, 1994, p. 132; F. SALERNO e R. SAPIENZA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, Torino, 2011, p. 247.

⁴⁹ S. PANUNZIO, *op. ult. cit.*, p. 5; G. OBERTO, *La tutela dei diritti*, cit., p. 173.

⁵⁰ C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 347 e 348 del 2007*, in www.giurcost.org.

⁵¹ Tra le altre, Corte cost. 10 febbraio 1981, n. 17; Corte cost. 22 marzo 2001, n. 73.

⁵² S. PANUNZIO, *op. ult. cit.*, p. 5.

fonte della legge di ratifica della CEDU.

La Corte Costituzionale⁵³, con una sentenza in verità poi non seguita dalla giurisprudenza costituzionale successiva, ma ampiamente condivisa dalla giurisprudenza ordinaria⁵⁴, aveva riconosciuto alla legge di ratifica una «*competenza atipica*», ossia le si riconosceva una particolare forza di resistenza rispetto alle altre leggi ordinarie di pari grado, arrivando a sostenere che nell'ipotesi di conflitto si dovesse disapplicare la norma interna confliggente⁵⁵, seguendo di fatto il modello applicato al diritto comunitario.

Stante le rilevanti conseguenze derivanti da detta interpretazione, la giurisprudenza costituzionale successiva aveva ridimensionato la rilevanza della CEDU nel nostro ordinamento, per lo meno dal punto di vista del rapporto tra fonti. Così, la Corte non ribadì l'interpretazione sopra detta nelle pronunce successive, preferendo concentrarsi sul rilievo che i principi sanciti nella CEDU assumevano nel nostro ordinamento. In particolare, sul presupposto che tra questi e i principi sanciti nella Carta costituzionale vi fosse sostanziale identità, aveva riconosciuto particolare forza ai diritti CEDU ed all'interpretazione degli stessi data dalla Corte di Strasburgo⁵⁶.

Grazie alla nuova formulazione dell'art. 117 Cost., la Corte Costituzionale ha rivisto la sua posizione, facendo inoltre chiarezza sulla condizione della CEDU nelle fonti del nostro ordinamento; con le note sentenze nn. 347 e 348 del 2007⁵⁷ ha, infatti, elevato la CEDU a «*norma interposta*» tra la Costituzione e la legislazione ordinaria, elevandola a parametro del giudizio di costituzionalità.

La Corte Costituzionale, dopo aver ribadito la natura pattizia della Convenzione, precisa come essa «*non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati*

⁵³ Corte Cost., sentenza 19 gennaio 1993, n. 10.

⁵⁴ Vedi Corte di Cassazione penale, sez. I, 12 maggio 1993, n. 2194.

⁵⁵ S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali*, cit., p. 5; G. OBERTO, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 173; F. SALERNO e R. SAPIENZA, *La Convenzione*, cit., p. 247.

⁵⁶ Le Sezioni Unite civili nelle quattro sentenze del 26 gennaio 2004, n. 1338 – n. 1341 (relative legge Pinto) hanno affermato il dovere del giudice ordinario di applicare il diritto nazionale in conformità alla CEDU e di interpretare detta legge in modo conforme alla CEDU per come essa vive nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In ordine al diritto all'equa riparazione per i danni subiti dall'irragionevole durata del processo, le sezioni unite impongono al giudice nazionale di tenere conto dei criteri di riparazione applicati dalla Corte EDU.

⁵⁷ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348; Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 349; F. SALERNO e R. SAPIENZA, *La Convenzione*, cit., p. 247; S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali*, cit., p. 5; S. VALAGUZZA, *op. cit.*, p. 1375; C. ZANGHÌ, *op. cit.*; F. CORTESE, *La garanzia costituzionale del diritto di proprietà tra espropriazione e occupazione acquisitiva*, www.giurcost.org; S. PENASA, *Tanto rumore per nulla o meglio tardi che mai? Ancora sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale, tra dubbi ermeneutici e possibili applicazioni future*, in www.giurcost.org.

contraenti», tuttavia evidenzia come dalla riforma del Titolo V della Costituzione derivino delle differenze sostanziali in merito alla posizione e al ruolo delle norme CEDU nell'ordinamento giuridico italiano.

Secondo la Corte Costituzionale, il nuovo art. 117 Cost. conferisce maggiore forza alle norme CEDU rispetto alle leggi ordinarie successive e *«attrae le stesse nella sfera di competenza della Corte costituzionale, poiché eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo, ma questioni di legittimità costituzionale»*⁵⁸, da ciò consegue che il giudice che si trovi al cospetto di una norma interna in contrasto con la una norma CEDU deve sollevare una questione di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., davanti alla Corte costituzionale.

Per completezza, è necessario però fare alcuni chiarimenti in merito alle pronunce della giurisprudenza costituzionale appena citate; innanzi tutto, si deve osservare come la Corte costituzionale fa riferimento alle norme CEDU *«nel significato loro attribuito dalla Corte EDU»* perché nell'art. 32 CEDU viene affidata alla Corte di Strasburgo la funzione interpretativa della Convenzione. Questo aspetto è il motivo che porta la Consulta a sostenere l'esistenza di un obbligo per i Paesi che hanno sottoscritto e ratificato la CEDU di *«adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificatamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione»*⁵⁹. Il contenuto della Convenzione, così concepito, ha rilievo grazie al meccanismo del *"rinvio mobile"*, il quale trova applicazione anche in relazione alla giurisprudenza CEDU e grazie al quale le regole e i principi contenuti nella Convenzione hanno rilevanza nell'ordinamento giuridico italiano⁶⁰, fermo restando che la Convenzione non si traduce in una norma interna.

Come la stessa Corte costituzionale ha chiarito nella sentenza n. 348 del 2007, il rinvio alla CEDU non significa che il suo contenuto venga incorporato nel sistema delle fonti interne. Detto rinvio infatti mira esclusivamente a garantire l'effettività dei diritti sanciti nella CEDU.

Questo ultimo passaggio ci induce a fare un'altra importante riflessione: se è vero che la Costituzione elevando le norme CEDU a parametro costituzionale si apre a fonti esterne, subendo l'invasione dei valori propri della CEDU, ciò non può avvenire a discapito dell'identità e dei valori sanciti nella Carta costituzionale.

⁵⁸ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348.

⁵⁹ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348.

⁶⁰ F. SALERNO e R. SAPIENZA, *La Convenzione*, cit., p. 28.

La Corte costituzionale ha infatti precisato che le norme CEDU, «*proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. (...) Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione*»⁶¹.

In tema di rapporti tra l'ordinamento CEDU e l'ordinamento italiano, si deve, infine, accennare ad un recente dibattito che è invalso soprattutto nella dottrina. La causa del dibattito è la nuova formulazione dell'art. 6 Trattato UE, come modificato dal Trattato di Lisbona.

La norma, tra le altre novità di cui si avrà modo di trattare, prevede l'adesione dell'Unione europea alla CEDU; premesso che la procedura di adesione non si è ancora completata, una parte della dottrina italiana ha ipotizzato che con la riforma normativa si è realizzata la completa assimilazione tra il diritto comunitario e il diritto CEDU, al quale consegue l'applicabilità diretta delle norme CEDU nell'ordinamento italiano⁶².

Sul punto, la Corte costituzionale⁶³ ha respinto ogni possibilità di sindacato diffuso delle norme CEDU nel nostro ordinamento, precisando come l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non abbia sostanzialmente apportato alcuna modifica nel rapporto tra l'ordinamento CEDU e l'ordinamento italiano; la Convenzione continua ad essere un obbligo internazionale per l'Italia, con le conseguenze sopra dette in termini di interpretazione conforme e possibile questione di illegittimità costituzionale nell'ipotesi di violazione delle norme CEDU.

2.1. Il diritto di proprietà nella CEDU.

Come detto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali tutela il diritto di proprietà nell'art. 1 del primo Protocollo

⁶¹ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349.

⁶² In tema si veda S. MIRATE, *La CEDU nell'ordinamento nazionale: quale efficacia dopo Lisbona?* in *Riv. it. Dir. pubbl.*, 2010, p. 2345; M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della forma interna contrastante con la convenzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 825; FOA' S., *Leggi di interpretazione autentica e conformità alla CEDU: il parametro di illegittimità «conteso» tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2011, p. 2247; R. P. MAZZESCHI, *Sulla applicabilità diretta e il rango delle norme CEDU nell'ordinamento italiano: due recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, a cura di F. SALERNO e R. SAPIENZA, Torino, 2011, p. 41.

⁶³ Corte cost. 11 marzo 2011, n. 80.

addizionale, la disposizione è il risultato di ampie discussioni, le cui cause si rinvencono nell'incerta opportunità di inserire una disposizione che attiene alla sfera economica e sociale dell'individuo all'interno di una convenzione avente ad oggetto diritti civili⁶⁴. La norma è infatti l'unica nella Convenzione che tutela un diritto patrimoniale.

L'esistenza di una disposizione a tutela del diritto di proprietà all'interno della Convenzione comporta non solo che la relativa previsione è vincolante per gli Stati aderenti, e quindi incide sulle loro competenze in materia, ma soprattutto implica l'esplicitarsi nei loro confronti di forme di controllo sovranazionale⁶⁵.

È bene premettere che per individuare quale sia la definizione di proprietà accolta dalla CEDU non è sufficiente l'esame del testo normativo, essendo fondamentale l'approfondimento della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In generale, si riconosce alla giurisprudenza della Corte EDU il merito di fornire un'interpretazione uniforme delle disposizioni della Convenzione⁶⁶, ma soprattutto in tema di proprietà si deve evidenziare come la giurisprudenza abbia definito, ampliandolo notevolmente negli anni, l'ambito di applicazione del diritto stesso⁶⁷.

Conseguentemente, spesso i contrasti tra l'ordinamento convenzionale e l'ordinamento interno non dipendono dalle differenze tra le rispettive fonti normative, quanto da quelle tra il diritto interno e l'interpretazione che la Corte EDU fornisce delle disposizioni convenzionali⁶⁸.

In merito alla libertà interpretativa della Corte EDU, vorrei fare un'ulteriore precisazione: la Corte esercita la sua potestà interpretativa in conformità alla sola Convenzione, non essendo obbligata a conformarsi alle tradizioni costituzionali degli Stati contraenti. In proposito, infatti, la Convenzione nulla dispone⁶⁹.

⁶⁴ R. CONTI, *L'occupazione*, cit., p. 151.

⁶⁵ R. CONTI, *op. ult. cit.*, p. 151.

⁶⁶ *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTONE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, 2001; F. BILANCIA, *I diritti fondamentali*, cit., p. 145; F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 379; VALAGUZZA S., *op. cit.*, p. 1375; A. GUZZAROTTI, *Precedente CEDU e mutamenti culturali nella prassi giurisprudenziale italiana*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 377.

⁶⁷ M. L. PADELLETTI, *Protezione della proprietà*, in *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTONE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, 2001, p. 801; F. BILANCIA, *I diritti fondamentali*, cit., p. 145; MANGANARO F., *op. ult. cit.*, p. 379.

⁶⁸ S. VALAGUZZA, *op. cit.*, p. 1375.

⁶⁹ F. MANGANARO, *La Convenzione europea*, cit., p. 379; R. CONTI, *L'occupazione*, cit., p. 151; F. BILANCIA, *I diritti fondamentali*, cit., p. 93, ritiene invece che «Il diritto europeo dei diritti dell'uomo presuppone e si compone anche del diritto

2.1.2. L'importanza del concetto di «bene» per definire la nozione di proprietà.

Di quanto appena affermato si ha conferma proprio trattando del diritto di proprietà, il quale non viene definito dalla Corte EDU, più attenta invece ad approfondire il concetto di «bene».

Il concetto di bene, nelle tradizioni giuridiche degli ordinamenti degli Stati, risulta più ampio di quello di proprietà, anche per questo motivo la Corte EDU ha più volte precisato che «*la nozione di beni prevista nella prima parte dell'art. 1 ha portata autonoma ed è indipendente dalle qualificazioni formali di diritto interno*»⁷⁰.

I «beni» vengono sostanzialmente individuati in qualsiasi interesse sostanziale economicamente valutabile, purché non siano diritti «*teorici o illusori, ma concreti ed effettivi*»⁷¹.

Nella sentenza *Broniowsky c. Polonia* del 22 giugno 2004, la Corte ha ricondotto nel concetto di bene il diritto di credito di un cittadino polacco inerente il diritto all'indennizzo per i beni della sua famiglia abbandonati nelle aree appartenenti alla Polonia prima della seconda guerra mondiale. Nel caso di specie, la legislazione polacca consentiva ai cittadini di acquistare dallo Stato beni in uso perpetuo in compensazione delle proprietà abbandonate. Il ricorrente, in veste di successore *mortis causa*, rilevava come lo Stato avesse indennizzato la nonna per un compenso pari al due per cento del valore dei beni. In questa decisione la Corte ha riconosciuto la discrezionalità degli Stati di definire le misure idonee alla tutela dei diritti patrimoniali, compresa la possibilità di scelte che quantifichino l'indennizzo al di sotto del valore di mercato del bene; tale discrezionalità però, ricorda la Corte, non è mai illimitata e non può comportare conseguenze incompatibili con la Convenzione.

La concezione lata di «bene» emerge anche dalla sentenza *Öneryildiz c. Turchia* del 30 novembre 2004, in questa occasione, la Corte ha compreso nella nozione di «bene» l'interesse economico sostanziale di una famiglia turca

costituzionale degli Stati membri. Non è ammissibile l'ipotesi di superamento dei valori costituzionali, patrimonio (comune?) degli ordinamenti nazionali ad opera di un – presunto – catalogo europeo dei diritti dell'uomo. (...) analizzando più in generale la sostanza dei diritti fondamentali in Europa, si verificherà, infatti, che i diritti fondamentali europei devono rappresentare una trasmigrazione nel nascente ius comune dei valori del costituzionalismo contemporaneo di derivazione statale».

⁷⁰ Corte dir. uomo, 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*; Corte dir. uomo, 23 novembre 2000, *ex Re di Grecia e altri c. Grecia*; Corte dir. uomo, 22 giugno 2004, *Broniowsky c. Polonia*; Corte dir. uomo, 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turchia*; Corte dir. uomo, 6 ottobre 2005, *Draon c. Francia*.

⁷¹ Corte dir. uomo, 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*.

ad abitare nella struttura e nella baracca da loro costruita in un suolo pubblico da loro occupato, perché ciò era stato reso possibile dalla tolleranza manifestata per anni dall'autorità pubblica.

Nella decisione *Draon c. Francia* del 6 ottobre 2005, la Corte ha compreso tra i crediti, quali «beni» ai sensi della Convenzione, anche le «*aspettative legittime*», ponendo come condizione di tale riconoscimento la necessità che il credito qualificato avesse un fondamento sufficiente nel diritto interno, reputandosi tale l'essere stato confermato dalla giurisprudenza certa dei tribunali. La Corte in questo caso ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno ai genitori di bambini nati con handicap in seguito ad un errore medico.

Queste pronunce ci sono di aiuto per capire quanto la definizione di «bene» non sia sempre facile e quanto il tema si presenti complesso.

Una volta identificato il concetto di «bene», la Corte considera la nozione equivalente a quella di proprietà; questo aspetto è particolarmente importante, perché evidenzia l'autonomia interpretativa esercitata dalla Corte sulle norme CEDU rispetto al diritto interno, sebbene la rilevanza di tale concezione lata di «bene» è limitata dalla Corte alla prima parte del primo comma dell'art. 1 (ossia al diritto al rispetto dei beni).

2.1.3. L'art. 1 primo Protocollo addizionale CEDU.

L'art. 1, primo Prot., dispone, al primo comma, che «*ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale*» e, al secondo comma, che «*le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende*»; in queste norme vengono disciplinati l'espropriazione ed il diritto degli Stati di regolare l'uso dei beni.

A partire dalla sentenza *Iatridis c. Grecia* del 25 marzo del 1999, con un'interpretazione che ormai è divenuta costante, la Corte EDU ha affermato che l'art. 1 contiene tre differenti disposizioni: il diritto al rispetto dei beni della persona; l'ammissibilità dell'espropriazione per cause di pubblica utilità alle condizioni previste dalla legge; il diritto degli Stati di disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse pubblico⁷².

⁷² Corte dir. uomo, 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*; Corte dir. uomo, 28 luglio 1999, *Immobiliare Saffi c. Italia*; Corte dir. uomo, 23 novembre 2000, *ex Re di Grecia e altri c. Grecia*; Corte dir. uomo, 22 giugno 2004, *Broniowsky c. Polonia*; Corte dir. uomo, 30

Con la sentenza *James c. Regno Unito* del 21 febbraio 1986, la Corte ha inoltre precisato che la diversa terminologia usata nei commi 1 e 2 dell'art. 1 («*pubblica utilità*» e «*interesse generale*») corrisponde alla possibilità per gli Stati di usufruire di maggiore discrezionalità nella disciplina dell'uso dei beni. L'art. 1, primo Prot., quindi, tutela anche il privato dal pericolo di subire lo spossessamento del proprio bene in modo arbitrario ad opera del potere pubblico.

Gli elementi che, ai sensi dell'art. 1, primo Prot., giustificano la privazione della proprietà privata da parte dell'autorità pubblica (quali condizioni di liceità dell'espropriazione secondo la CEDU) sono: il principio di legalità, l'esistenza di una causa legittima di pubblica utilità, la proporzionalità dell'ingerenza.

Prima di esaminarli singolarmente, si deve fare una premessa: l'estinzione della proprietà rilevante ex art. 1, primo Prot., riguarda sia le misure individuali di espropriazione, sia le misure di espropriazione collettive (differenza che poi vedremo essere fondamentale in materia di indennizzo). Inoltre, la privazione della proprietà rilevante ai sensi della norma in esame deve consistere in uno spossessamento definitivo e completo, il quale è tale, secondo i criteri stabiliti dalla Corte EDU⁷³, quando dagli effetti del provvedimento o dalla situazione concreta deriva l'impossibilità, definitiva e tendenzialmente irreversibile, di esercitare il diritto di proprietà⁷⁴.

Il riferimento agli effetti del provvedimento ed alla situazione concreta comporta che hanno rilievo gli effetti sostanziali della privazione della proprietà e, quindi, è rilevante ai sensi dell'art. 1, primo Prot., anche la cosiddetta «*espropriazione de facto*».

2.1.3.1. Il principio di legalità.

Entrando nel merito delle condizioni che giustificano le ingerenze della pubblica autorità nel godimento dei beni dei privati, l'art. 1, primo Prot., le ammette solo se legittime; in numerose decisioni la Corte EDU ha sottolineato come la previsione contenuta nel primo paragrafo, ove si autorizza la privazione della proprietà «*nelle condizioni previste dalla legge*», è espressione

novembre 2004, *Öneryildiz c. Turchia*; la pronuncia 6 ottobre 2005, *Draon c. Francia*, spiega che l'articolo 1, primo Prot., contiene tre norme distinte: la prima, contenuta nella prima frase del primo paragrafo, ha tenore generale e sancisce il principio del rispetto della proprietà; la seconda, enunciata nella seconda frase del medesimo paragrafo, prevede la privazione della proprietà e la sottopone a talune condizioni; la terza, espressa nel secondo paragrafo, riconosce agli Stati contraenti il potere, tra l'altro, di disciplinare l'uso dei beni conformemente all'interesse generale.

⁷³ Corte dir. uomo, 24 giugno 1993, *Papamichalopoulos c. Grecia*.

⁷⁴ M. L. PADELLETTI, *Protezione della proprietà*, cit., p. 801.

della preminenza del diritto, quale principio cardine delle società democratiche ed emblema dell'intera Convenzione⁷⁵.

La condizione della conformità alla legge va letta nel duplice significato della necessaria esistenza di norme di diritto interno e della conseguente conformità del provvedimento concreto alle norme predette⁷⁶. Quanto al primo significato, la Corte ha chiarito in numerose pronunce che il principio di legalità presuppone altresì che le norme di diritto interno siano sufficientemente accessibili, precise e prevedibili nella loro applicazione⁷⁷, queste garanzie vengono meno qualora la normativa di riferimento attribuisca all'organo competente un potere discrezionale tale da rendere il suo esercizio del tutto imprevedibile, privando conseguentemente il privato di forme di tutela contro l'esercizio del potere.

Rispetto al secondo significato, si riafferma la necessità che i comportamenti privativi del diritto di proprietà debbano essere conformi alla legge, si ribadisce così il principio di primazia del diritto, quale condizione che governa tutta la Convenzione⁷⁸. Ovviamente questa impostazione risente del fatto che le pronunce della Corte EDU non si pongono come pronunce di ultima istanza rispetto a quelle dei giudici nazionali.

Per quanto riguarda il riferimento ai principi generali del diritto internazionale, la disposizione viene considerata di primaria importanza in relazione alla materia dell'indennizzo, sebbene essa sia stata oggetto di diverse interpretazioni. Secondo un primo orientamento, condiviso anche dalla Corte EDU, essa ha ad oggetto esclusivamente l'espropriazione di beni di stranieri, pertanto, i principi generali del diritto internazionale in materia di espropriazione non troverebbero applicazione nelle ipotesi in cui l'espropriazione sia realizzata dallo Stato nei confronti del cittadino⁷⁹. A questo orientamento si contrappone chi rileva che la distinzione tra cittadini e stranieri ai fini dell'applicazione delle norme di diritto internazionale sarebbe una evidente discriminazione fondata sulla nazionalità, che si porrebbe in contrasto

⁷⁵ Corte dir. uomo, 23 novembre 2000, *ex Re di Grecia e altri c. Grecia*; Corte dir. uomo, 22 giugno 2004, *Broniowsky c. Polonia*; Corte dir. uomo, 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turchia*.

⁷⁶ M. L. PADELLETTI, *Protezione della proprietà*, cit., p. 811; R. CONTI, *L'occupazione*, cit., p. 178.

⁷⁷ Corte dir. uomo, 22 giugno 2004, *Broniowsky c. Polonia*; Corte dir. uomo, 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*.

⁷⁸ M. L. PADELLETTI, *Protezione della proprietà*, cit., p. 811.

⁷⁹ R. SAPIENZA, *L'espropriazione dei beni e indennizzo nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: le sentenze nei casi James e Lithgow*, in *Riv. dir. int.*, 1987, p. 309; M. L., PADELLETTI, *Protezione della proprietà*, cit., p. 811; Corte dir. uomo, 21 febbraio 1986, *James c. Regno Unito*; Corte dir. uomo, 8 luglio 1986, *Lithgow e altri c. Regno Unito*.

con l'art. 14 della Convenzione. Inoltre, si rileva come le disposizioni normative richiamate dalla Convenzione diventano parte integrante di essa, pertanto la sua applicazione equivarrebbe all'applicazione della Convenzione medesima⁸⁰.

2.1.3.2. Il principio dell'esistenza di una causa legittima di pubblica utilità.

L'ingerenza, oltre che prevista dalla legge, deve perseguire uno scopo legittimo, cioè una «*causa di pubblica utilità*», la cui definizione, secondo la Corte EDU, rientra nella discrezionalità degli Stati⁸¹. Infatti, la produzione di norme sulla privazione del diritto di proprietà implica spesso l'esame di questioni politiche, economiche e sociali, e per questi motivi la Corte individua nelle autorità nazionali i soggetti più idonei a determinare ciò che è di pubblica utilità. Agli Stati si riconosce, quindi, la capacità di avere una conoscenza diretta della società e delle loro necessità, una caratteristica che evidentemente non possono avere i giudici internazionali.

In merito alla nozione di pubblica utilità, è stata elaborata la dottrina del «*margin di apprezzamento statale*» che riconosce agli Stati ampia autonomia nella definizione delle politiche economiche e sociali da realizzare⁸².

Nelle sue pronunce, la Corte espressamente parla di «libertà» degli Stati di gestire le politiche economiche e sociali, ma, come spesso avviene quando è parte l'autorità pubblica, il termine è fuorviante e non deve far pensare ad un potere illimitato, infatti, la Corte ha più volte ribadito che la libertà degli Stati è garantita «*salvo che le determinazioni si rivelino manifestamente irragionevoli*». Inoltre, nel valutare il fine che giustifica la legislazione dello Stato, la Corte non si limita ad esaminare l'utilità della singola legislazione, bensì estende il suo controllo alla politica statale nel suo complesso⁸³.

Nella sentenza *ex Re di Grecia e altri c. Grecia* del 23 novembre 2000, inerente l'approvazione di una legge che disponeva il passaggio di proprietà dei beni della corona in favore dello Stato, senza alcun indennizzo, la Corte ha sostenuto che detta legge era funzionale ad una causa di pubblica utilità, individuata nella necessità di risolvere una complessa questione capace di procurare gravi danni all'erario.

Nonostante la Corte evochi la «ragionevolezza» dell'intervento statale, non è

⁸⁰ R. SAPIENZA, *L'espropriazione dei beni*, cit., p. 811.

⁸¹ Corte dir. uomo, 23 novembre 2000, *ex Re di Grecia e altri c. Grecia*; Corte dir. uomo, 22 giugno 2004, *Broniowsky c. Polonia*.

⁸² M. L. PADELLETTI, *Protezione della proprietà*, cit., p. 811.

⁸³ R. CONTI, *L'occupazione*, cit., p. 181.

possibile ritenere che ciò possa tradursi in un criterio che consente il controllo internazionale sulle politiche degli Stati⁸⁴. È indubbio che gli Stati non consentirebbero simili ingerenze sulle proprie scelte di natura economica e sociale, e di tale realtà è consapevole la Corte EDU, la quale ha concentrato il suo potere di controllo soprattutto sulla prima condizione di liceità dell'espropriazione: la conformità alla legge⁸⁵.

2.1.3.3. La proporzionalità dell'ingerenza.

Il principio di proporzionalità impone che ogni ingerenza nel godimento della proprietà deve essere espressione del giusto equilibrio tra la necessità dell'interesse generale della collettività e gli imperativi di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo⁸⁶.

La Corte EDU precisa che questo equilibrio si riflette nella struttura dell'art. 1, primo Prot.; ne consegue che in ogni forma di ingerenza deve esistere un ragionevole rapporto di proporzionalità tra mezzi impiegati e scopo perseguito.

Il giudizio di proporzionalità è una competenza degli Stati, su di essi grava il compito di scegliere le modalità di attuazione dell'ingerenza sul diritto dominicale ed il potere di valutare se gli strumenti prescelti siano idonei a perseguire lo scopo previsto dalla legge. Rispetto al potere discrezionale degli Stati, la Corte evoca a sé il potere di controllo sulle legislazioni statali, ove queste risultino «*manifestamente prive di ragionevole fondamento*».

Nella sentenza *Immobiliare Saffi c. Italia* del 28 luglio 1999, la Corte ha ritenuto che il sistema della graduazione degli sfratti in vigore allora in Italia imponesse un onere eccessivo ai proprietari, e pertanto violasse l'equilibrio necessario tra la tutela del diritto al rispetto dei beni e la tutela dell'interesse generale della collettività.

Nel caso di specie, la legislazione italiana prevedeva misure urgenti per far fronte al fabbisogno abitativo e volte al controllo dei canoni di locazione. A tale scopo, lo Stato aveva adottato misure volte a sospendere l'esecuzione delle ordinanze di sfratto, garantendo così la proroga degli affitti.

La Corte aveva riconosciuto in un primo momento la ragionevolezza di queste misure, ma il protrarsi delle sospensive per un termine indeterminato ha indotto la Corte a rivedere la sua posizione. Il fatto che i proprietari avessero dovuto attendere anni per riottenere i propri immobili li aveva condannati a vivere nell'incertezza; una simile situazione non poteva giustificarsi, ad avviso

⁸⁴ M. L. PADELLETTI, *Protezione della proprietà*, cit., p. 814.

⁸⁵ M. L. PADELLETTI, *op. ult. cit.*, p. 814.

⁸⁶ Corte dir. uomo, 8 luglio 1986, *Lithrow e altri c. Regno unito*.

della Corte, con la necessità di tutelare l'interesse generale della collettività, perché sacrificava in modo eccessivo l'interesse individuale.

Uno dei criteri utilizzato dalla Corte per accertare il rispetto del principio di proporzionalità è il pagamento dell'indennizzo che, nonostante non sia espressamente previsto nella lettera dell'art. 1, primo Prot., è considerato lo strumento idoneo a ristorare i pregiudizi subiti dai privati; l'indennizzo viene ricondotto ai principi di diritto internazionale menzionati nell'art. 1, primo Prot.⁸⁷.

Nonostante l'importanza riconosciuta all'indennizzo, non è sufficiente la sua previsione affinché sussista proporzione; così come in sua presenza è possibile che il principio di proporzionalità venga violato, in circostanze eccezionali il «giusto equilibrio» può essere raggiunto anche in assenza dell'indennizzo⁸⁸.

Nella sentenza *Draon C. Francia* del 6 ottobre 2005, la Corte ha ribadito che senza il versamento di una somma ragionevolmente proporzionata al valore del bene la privazione della proprietà costituisce un pregiudizio eccessivo. Nonostante la legislazione francese riconoscesse il diritto al risarcimento del danno morale e del danno esistenziale per errore medico in favore dei genitori di figli portatori di handicap, la Corte ha ritenuto che il mancato riconoscimento del diritto all'indennizzo per gli oneri speciali violasse il principio di proporzionalità, perché il risarcimento ottenuto dai genitori non compensava i crediti perduti.

Quanto alle circostanze eccezionali che possono giustificare l'assenza dell'indennizzo, la Corte non le definisce, ma si limita a fare un accertamento caso per caso.

Nella sentenza *ex Re di Grecia e altri c. Grecia*, la Corte si è soffermata invece su un'ipotesi di ingerenza legittima e non arbitraria, che non prevedeva nessuna modalità di indennizzo. Ebbene, la Corte ha ritenuto che l'assenza di un indennizzo non rendesse *eo ipso* illegittima l'espropriazione dei beni da parte dello Stato, ma che al più era necessario verificare se nel contesto di un'espropriazione legittima i proprietari avessero dovuto sopportare un onere sproporzionato ed eccessivo. Nel caso di specie, però, la Corte rilevava che l'assenza di un indennizzo violasse il principio di proporzionalità, perché tra i beni della corona trasferiti allo Stato vi erano anche beni del patrimonio personale, e soprattutto perché il Governo greco non aveva spiegato quali ragioni eccezionali giustificassero la mancanza dell'indennizzo.

⁸⁷ R. CONTI, *L'occupazione*, cit., p. 172; M. L. PADELLETTI, *Protezione della proprietà*, cit., p. 814; R. SAPIENZA, *L'espropriazione dei beni*, cit., p. 309.

⁸⁸ R. CONTI, *L'occupazione*, cit., p. 172; M. L. PADELLETTI, *Protezione della proprietà*, cit., p. 814.

Nella sentenza *Lithrow e altri c. Regno unito* del 8 luglio 1986, però, la Corte ha ritenuto che le critiche condizioni economiche dello Stato, non potevano giustificare politiche di nazionalizzazione non accompagnate dalla previsione dell'indennizzo. Sebbene la Corte ha riconosciuto alle autorità nazionali la discrezionalità sulle scelte di nazionalizzazione, a suo parere queste non potevano esimersi dall'affrontare e risolvere il problema del risarcimento, poiché la nazionalizzazione ed il risarcimento sono due aspetti della medesima politica.

Come detto, l'indennizzo, nella visione della Corte, si pone come strumento idoneo a garantire l'equilibrio tra l'interesse pubblico ed i diritti fondamentali dell'individuo, pertanto l'indennizzo deve essere ragionevole, ossia deve garantire la proporzione tra la misura incisiva del diritto di proprietà e lo scopo dalla stessa perseguito.

Quanto alla quantificazione dell'indennizzo, sicuramente esso va rapportato al valore venale del bene, ovviamente ciò non significa che l'indennizzo equivale necessariamente al pagamento del suo valore di mercato.

Proprio in questo caso è importante distinguere le ipotesi di espropriazione collettive dalle ipotesi di espropriazione individuale. Secondo la Corte, infatti, solo in relazione a queste ultime è necessario che l'ammontare dell'indennizzo sia pari al valore del bene, stante il particolare sacrificio imposto al privato. Diversamente, nell'ipotesi di espropriazioni collettive, le ragioni di pubblica utilità possono giustificare un valore inferiore dell'indennizzo⁸⁹: si pensi alle ipotesi di riforme economiche oppure alle procedure di nazionalizzazione, che richiedono complesse valutazioni rispetto ad un singolo procedimento di espropriazione.

Nella decisione *Scordino c. Italia* del 29 marzo 2006, la Corte ha espressamente chiarito che, in caso di espropriazione, la riparazione integrale non è garantita dalla CEDU. Questo principio generale viene però adattato dalla Corte nel caso concreto. Infatti, nel dettare quelli che sono stati definiti i principi generali in materia di quantificazione dell'indennizzo, la Corte ha precisato che nell'ipotesi di espropriazione individuale «*solo una riparazione integrale può essere considerata ragionevole con il valore del bene*»; in questo caso la Corte ha quindi riconosciuto ai ricorrenti un indennizzo pari al valore venale del bene.

Diversamente, la Corte ha ritenuto che, nell'ipotesi di privazioni della

⁸⁹ Corte dir. uomo, 8 luglio 1986, *Lithrow e altri c. Regno unito*; Corte dir. uomo, 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia*.

proprietà relative ad una riforma sociale o a una ristrutturazione economica, è possibile giustificare un indennizzo inferiore al valore di mercato del bene, perché in questi casi sono chiari gli obiettivi di pubblica utilità dell'intervento pubblico.

Particolarmente difficile è poi indicare i criteri in base ai quali deve essere determinato l'indennizzo. Ancora una volta, la Corte distingue caso per caso, dando vita ad un sistema complesso perché prende in considerazioni diverse variabili⁹⁰, quali i vantaggi che possono derivare al proprietario dal procedimento espropriativo, le modalità e tempi di pagamento dell'indennizzo, la lunghezza del procedimento espropriativo.

Tra i criteri che la Corte può prendere in considerazione per definire il carattere ragionevole dell'indennizzo, vi è, infine, il sindacato sulla conformità della condotta dello Stato all'art. 1, primo Prot. Quest'ultimo è indubbiamente un elemento estraneo ai tipici criteri di valore economico, in quanto ha ad oggetto il complesso degli interessi coinvolti. Questa valutazione inoltre non si limita alle sole modalità dell'indennizzo, ma prende in considerazione anche i comportamenti delle parti, inclusi gli strumenti utilizzati dagli Stati e la loro attuazione. In particolare, l'incertezza legislativa, amministrativa o dipendente dalla prassi è, secondo la Corte, un elemento da prendere in considerazione per valutare la condotta degli Stati⁹¹.

3. Il diritto comunitario nell'ordinamento italiano.

Il rapporto tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento comunitario è un rapporto di integrazione, caratterizzato dalla primazia del diritto comunitario su quello italiano⁹². La Corte Costituzionale ha più volte ribadito come l'adesione dell'Italia alla Comunità europea (oggi Unione europea) sia stata resa possibile dal dettato dell'art. 11 Cost., ai sensi del quale l'Italia «*consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*»⁹³.

Si è così consolidata l'idea dell'esistenza di due ordinamenti distinti ed autonomi, riconoscendo tuttavia il primato del diritto comunitario sul diritto interno, in virtù del controllo diffuso di compatibilità tra diritto interno e diritto comunitario, di competenza del giudice nazionale.

⁹⁰ M. L. PADELLETTI, *Protezione della proprietà*, cit., p. 814.

⁹¹ Corte dir. uomo, 22 giugno 2004, *Broniowsky c. Polonia*.

⁹² S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali*, cit., p. 5.

⁹³ Corte cost. 24 febbraio 1964, n. 14.

La Corte ha infatti escluso che il contrasto tra il diritto comunitario avente effetto diretto e il diritto interno possa dare luogo ad una questione di legittimità costituzionale⁹⁴, sancendo il diverso principio secondo il quale, nell'ipotesi di contrasto, la norma interna non viene in rilievo, trovando applicazione esclusivamente la norma comunitaria.

La Corte non fa altro che conformarsi alla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale a partire dalla storica sentenza *Simmenthal*⁹⁵, ha stabilito che vi è l'obbligo per il giudice nazionale di garantire la piena efficacia del diritto comunitario, disapplicando le norme interne in contrasto con esso.

La norma interna non viene in rilievo, ma non viene abrogata. Essa rimane vigente nell'ordinamento, potendo trovare applicazione in quegli ambiti esclusi alla competenza comunitaria rispetto ai quali la norma non può trovare attuazione⁹⁶.

Nell'ipotesi di conflitti, la primazia del diritto comunitario trova un limite nei principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico. Infatti, dopo aver fatto proprie le soluzioni interpretative statuite dalla Corte di giustizia per la gestione dei conflitti tra diritto interno e diritto comunitario, la Corte costituzionale⁹⁷ ha sviluppato quella che la dottrina ha definito la «*teoria dei controlimiti*»⁹⁸, secondo la quale il potere di disapplicazione riconosciuto al giudice comune in sede di sindacato diffuso viene meno di fronte ai diritti fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

Il rapporto tra diritto interno e ordinamento comunitario non è mutato in seguito alla riforma dell'art. 117 Cost.⁹⁹.

3.1. Il diritto di proprietà nel diritto comunitario.

Quando si parla del diritto di proprietà, il legame tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento CEDU è assai stretto. Infatti, l'ordinamento comunitario, sia a livello normativo che a livello giurisprudenziale, ha forgiato il concetto di diritto di proprietà facendo spesso ricorso alle norme CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo.

A livello normativo, fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, mancava una disposizione generale che in qualche modo *legasse* il diritto comunitario alla CEDU: per questo motivo, la Corte di Giustizia utilizzava le norme CEDU

⁹⁴ Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170.

⁹⁵ Corte di giust., 9 marzo 1978.

⁹⁶ Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170; Corte cost., 14 giugno 2002, n. 238.

⁹⁷ Corte cost., 27 dicembre 1973, n. 183.

⁹⁸ G. OBERTO, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 173.

⁹⁹ Corte cos. 24 giugno 2010, n. 227.

come supporto della propria attività interpretativa, garantendosi allo stesso tempo uno spazio di ampia autonomia. Questa pratica aveva coinvolto sostanzialmente tutti i diritti sanciti nella CEDU, tanto da renderli uno strumento tradizionale utilizzato dalla Corte di giustizia per l'applicazione dei principi generali dell'ordinamento comunitario. Il contesto in cui si saldava il legame tra la CEDU e il diritto comunitario era esclusivamente quello pretorio, per lo meno finché nell'ordinamento comunitario non sono intervenute le novità contenute nel Trattato di Lisbona.

Già prima del Trattato di Lisbona, però, grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'Unione ha avuto uno statuto dei diritti fondamentali¹⁰⁰, infatti, sono diverse le pronunce in cui la Corte ha affermato che i diritti fondamentali dell'uomo sono parte integrante del diritto comunitario, raffigurandosi per se stessa il ruolo di istituzione adibita a garantirne l'osservanza; a tal fine, si è ispirata alle tradizioni costituzionali degli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relative ai diritti fondamentali¹⁰¹. Inoltre, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, nel momento in cui una normativa nazionale rientra tra le competenze riservate all'Unione, è compito della Corte, adita in via pregiudiziale, fornire allo Stato membro tutti gli elementi necessari per consentire al giudice nazionale di interpretare la relativa normativa in conformità con i diritti fondamentali¹⁰²; in questo contesto non vi è alcun dubbio che il ruolo della CEDU è considerevole.

Questi principi sono stati trasfusi nell'art. 6 Trattato UE, il quale, così come modificato dal Trattato di Lisbona, prevede al paragrafo 2 che «*L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*». Questa disposizione non significa che l'Unione si rimette a quanto sancito nella CEDU in materia di diritti fondamentali, infatti il paragrafo 2 precisa che «*tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati*», quindi, si ritiene che, così come per il passato, la Corte, pur riconoscendo ampia rilevanza ai diritti sanciti dalla CEDU, continuerà a non identificarsi in modo assoluto con la giurisprudenza CEDU, riservandosi un ampio spazio di autonomia.

Per quanto riguarda il diritto di proprietà, nell'ordinamento comunitario le disposizioni normative di riferimento sono due: l'art. 345 TFUE (ex art. 295

¹⁰⁰ L. M. DIEZ PICAZO, *Le relazioni tra Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 269.

¹⁰¹ Corte Giust., 22 ottobre 2002, causa n. C-94/00; Corte giust., 20 maggio 2003, cause riunite n. C-465/00, C-138/00, C-139/00; Corte Giust., 12 giugno 2003, causa C-112/00.

¹⁰² Corte giust., 25 marzo 2004, causa C- 71-02.

TCE) e l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Trattato di Nizza), oggi espressamente richiamata nell'art. 6 del Trattato UE.

L'art. 345 TFUE stabilisce che *«I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri»*, la norma sembra escludere l'esistenza di qualsiasi competenza dell'Unione Europea in materia di proprietà, ma ovviamente così non è.

Nel diritto comunitario esiste una nozione autonoma di proprietà, che si svincola da quanto previsto negli ordinamenti dei singoli Stati, ed è stata elaborata dalla Corte di giustizia per soddisfare prima di tutto gli interessi comunitari, i quali sono individuabili nella valorizzazione di un'economia di mercato e nella piena concorrenza. Conseguentemente, il diritto di proprietà viene concepito come *«un diritto fondamentale in grado di garantire il libero esercizio delle attività economiche»*¹⁰³.

Al fine di realizzare questi interessi, la Corte di Giustizia deve affrancarsi dalla nozione di diritto di proprietà accolta dalle tradizioni costituzionali degli Stati e dalle norme CEDU; dai primi, in quanto in molti di essi si dà risalto alla funzione sociale della proprietà, mentre nella visione della Corte di Giustizia non vi è posto per i vincoli solidaristici¹⁰⁴; rispetto alle norme CEDU perché la Convenzione tutela situazioni riferibili ai diritti civili riconducibili alla personalità e alla dignità dell'uomo, mentre non si dà alcun rilievo alle politiche degli Stati, né alle politiche di mercato¹⁰⁵.

Il diritto di proprietà viene inoltre disciplinato nell'art. 17 della Carta di Nizza, ai sensi del quale *«Ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale»*.

La nozione di proprietà accolta dalla Carta ripropone una visione liberale del diritto: è emblematico infatti che la norma sia collocata nel capo II intitolato *libertà*. Il fatto che l'art. 6 del Trattato UE precisi che la Carta *«ha lo stesso valore giuridico dei trattati»* fa sì che i principi in essa sanciti siano diventati

¹⁰³ F. MANGANARO, *La Convenzione europea*, cit..

¹⁰⁴ Art. 42 Cost. italiana; art. 14 Cost. tedesca.

¹⁰⁵ S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali*, cit., p. 5; F. BILANCIA, *I diritti fondamentali*, cit., p. 205.

patrimonio comune degli Stati membri¹⁰⁶ e, per questo, devono essere presi in considerazione dagli stessi.

4. Il diritto di proprietà è un diritto fondamentale per l'ordinamento sovranazionale.

Dall'esame del diritto di proprietà nei diversi livelli normativi (costituzionale, convenzionale e comunitario) emergono significative differenze correlate ai diversi modelli presi in considerazione.

Non è questo il caso di previsioni normative tra loro contrastanti o differenti, essendo tutte piuttosto simili; si tratta invece di impostazioni assai diverse.

Il contrasto tra la concezione del diritto di proprietà propria dell'ordinamento giuridico italiano, da un lato, e la concezione accolta nell'ordinamento CEDU e nell'ordinamento comunitario, dall'altro, dipende dal fatto che questi ultimi accolgono una visione diversa del diritto di proprietà.

Nella Costituzione italiana, come visto, si accoglie un modello sociale di proprietà, ossia un diritto di proprietà strettamente connesso alla realizzazione di interessi pubblici. Inoltre, il diritto di proprietà attiene ai «*rapporti economici*» e non ai «*rapporti civili*», pertanto esso non è considerato un diritto inviolabile dell'uomo¹⁰⁷. Nel nostro ordinamento, con il diritto di proprietà si mira a tutelare sia i diritti sociali sia le libertà economiche, i quali convivono in un difficile equilibrio che li vede in una posizione di parità, anche se forte è la tentazione di ritenere i diritti sociali prevalenti, stante la sistematica della nostra Costituzione.

Per contro, nell'ordinamento CEDU e nell'ordinamento comunitario, il diritto di proprietà è un diritto fondamentale; lo è senza ombra di dubbio nel primo e ciò a prescindere dalla particolarità che questo sia l'unico diritto patrimoniale contemplato nella CEDU. Infatti, in base ai principi CEDU, come elaborati dalla Corte di Strasburgo, il diritto di proprietà è un diritto fondamentale equiparato alle libertà fondamentali¹⁰⁸. Questa conclusione è ovvia, se si considera che la CEDU nasce come strumento internazionale di garanzia e di tutela dei diritti inviolabili, che, in quanto tali, non sono sacrificabili dalle politiche degli Stati, qualsiasi siano gli obiettivi dagli stessi prefissati ¹⁰⁹.

¹⁰⁶ L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e «rivoluzione passiva»*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 575.

¹⁰⁷ A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali*, cit., p. 465; M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali*, cit., p. 456; R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva*, cit., p. 155.

¹⁰⁸ Corte dir. uomo, 23 novembre 2000, *ex Re di Grecia e altri c. Grecia*; Corte dir. uomo, 22 giugno 2004, *Broniowsky c. Polonia*; Corte dir. uomo, 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turchia*.

¹⁰⁹ G. RAMACCIONI, *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 861; F. BILANCIA, *I diritti fondamentali*, cit., p.

Anche per l'ordinamento comunitario il diritto di proprietà è un diritto fondamentale¹¹⁰, ma in questo vi è molto di più di un'affermazione di principio.

Come si è avuto modo di appurare, l'art. 6 Trattato UE riconosce i diritti fondamentali sanciti nella CEDU e nella Carta di Nizza, i quali devono essere però coordinati con i cosiddetti principi generali del diritto comunitario, dei quali tra l'altro fanno parte, come risulta dal paragrafo 3 dell'art. 6 Trattato UE, come modificato dal Trattato di Lisbona.

Sebbene annoverati tra i principi generali del diritto comunitario, i diritti fondamentali non rientrano tra gli obiettivi dell'Unione, i quali sono invece individuabili nell'instaurazione di un mercato comune e nella libera concorrenza¹¹¹; l'ordinamento comunitario esprime, infatti, un orientamento liberale che rifiuta la «*funzione sociale*»¹¹².

Da questa breve disamina emerge chiaramente la differenza tra le visioni accolte da ciascun ordinamento, le quali si spiegano semplicemente col fatto che ogni ordinamento accoglie una diversa scala di valori¹¹³; in questo contesto è determinante l'apporto della giurisprudenza costituzionale, comunitaria e della Corte EDU.

Prima di affrontare il difficile problema del rapporto tra le Corti, è bene fare una premessa: tutte le Corti sono autonome e indipendenti, non esistendo tra le stesse alcun rapporto di gerarchia, però, tra queste, in materia di diritti fondamentali, si deve indubbiamente riconoscere che la Corte EDU ricopra una posizione di particolare rilievo. Infatti, poiché alla CEDU detta tutta una serie di diritti fondamentali, patrimonio comune degli Stati (aderenti) democratici, il fatto che questi diritti non impongano agli Stati aderenti comportamenti positivi significa che essi hanno un contenuto che potremmo definire «*neutro*»; questo aspetto ci porta a ritenere che i diritti CEDU siano il presupposto di ogni legislazione moderna, quale parametro di libertà¹¹⁴.

Proprio perché di contenuto neutro, al fine di comprenderne l'esatto significato, si deve tener conto dell'interpretazione che di essi ha dato la Corte EDU; ai sensi dell'art. 32 CEDU, infatti, «*La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli*».

93.

¹¹⁰ Corte giust., 6 marzo 2001, causa C-274-99.

¹¹¹ F. MANGANARO, *La Convenzione europea*, cit., p. 379.

¹¹² L. NIVARRA, *La proprietà europea*, cit., p. 575.

¹¹³ G. RAMACCIONI, *La proprietà privata*, cit., p. 861; S. VALAGUZZA, *Riflessioni*, cit., p. 1375.

¹¹⁴ F. BILANCIA, *I diritti fondamentali*, cit., p. 82.

Sebbene non sia possibile rilevare in questa norma l'esistenza di una competenza giurisprudenziale sovraordinata a quella degli Stati e dell'Unione, su di questi grava l'onere di adeguare la propria legislazione alle norme CEDU nell'interpretazione data dalla Corte EDU¹¹⁵.

Questa affermazione, nell'ipotesi dell'ordinamento comunitario, è forse eccessiva. Ad oggi non può sostenersi che la Corte di giustizia sia vincolata dalle sentenze della Corte EDU. Al più, la Corte di giustizia prende in considerazione i diritti CEDU al fine di determinare i diritti fondamentali propri dell'ordinamento comunitario. Con il risultato che essa nelle sue pronunce finisce con l'applicare i principi generali del diritto comunitario¹¹⁶.

Come conseguenza, i possibili contrasti tra la Corte di giustizia e la Corte EDU sono inevitabili, per lo meno finché non vi sarà una vera forma di integrazione tra la CEDU e la UE, tale da permettere il raccordo tra le Corti e pervenire quindi ad un'interpretazione uniforme delle norme CEDU.

Non stupisce che la Corte di giustizia abbia accolto le interpretazioni del diritto di proprietà della Corte EDU senza rispettarle fedelmente¹¹⁷, essa, infatti, nelle sue pronunce ha modulato il rilievo della Convenzione all'interno dell'ordinamento comunitario rielaborandone i principi e adattandoli al contesto del diritto comunitario, ponendo come obiettivo la valorizzazione dell'economia di mercato e utilizzando il diritto di proprietà come strumento per garantire la concorrenza.

Anche alla luce delle modifiche apportate con il Trattato di Lisbona, non si può sostenere che la Corte di giustizia sia vincolata alle decisioni della Corte EDU: questa conclusione non muta nemmeno in vista dell'adesione dell'Unione alla CEDU¹¹⁸.

Di tutt'altra soluzione è la rilevanza delle sentenze della Corte EDU rispetto all'ordinamento italiano; come si è visto, dal punto di vista del rapporto tra gli ordinamenti, dopo la riforma dell'art. 117 Cost. del 2001, le norme CEDU hanno acquistato l'efficacia di norme interposte, che le pone nell'ordine delle fonti nella posizione intermedia tra le norme costituzionali e le leggi ordinarie.

Alla luce di questa importante novità, secondo la Corte costituzionale consegue l'obbligo per lo Stato italiano di adeguare la propria legislazione alle

¹¹⁵ S. FOÀ, *Leggi di interpretazione autentica*, cit., p. 2247.

¹¹⁶ S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali*, cit., p. 5.

¹¹⁷ G. REPETTO, *I rapporti tra Corti europee e le prospettive dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S. P. PANUNZIO, Napoli, 2005, p. 287.

¹¹⁸ G. OBERTO, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 173; G. RAMACCIONI, *La proprietà privata*, cit., p. 861.

norme CEDU¹¹⁹ e alle sentenze della Corte EDU. Infatti, nonostante l'art. 117 Cost. riconosca una peculiare efficacia solo alle disposizioni della Convenzione, dall'adesione dell'Italia alla CEDU si evince che lo Stato italiano riconosce la funzione interpretativa della Corte EDU, nel rispetto dell'art. 32 CEDU.

Il problema della vincolatività delle sentenze della Corte EDU è piuttosto complesso, perché ci conduce all'annoso problema della diretta applicabilità delle stesse nel nostro ordinamento, un principio invero non sancito nelle disposizioni normative; sia l'art. 117 Cost., che l'art. 46 CEDU, non prevedono, infatti, un principio che rende vincolante il precedente giurisprudenziale¹²⁰.

In base all'art. 46 CEDU, qualora la Corte EDU ha accertato il contrasto del diritto interno alla CEDU, la relativa sentenza ha efficacia diretta solo tra le parti. Questo significa che il cittadino che abbia ottenuto giustizia contro lo Stato ha il diritto di ottenere la riparazione per il danno subito dalla lesione del diritto, mentre sullo Stato grava l'obbligo di conformarsi alla sentenza, eliminando la violazione. La sentenza della Corte EDU, quindi, produce specifici diritti e obblighi tra le parti del giudizio: al di là di questo ambito non è possibile sostenere la diretta efficacia delle sentenze della Corte EDU¹²¹.

Va precisato, però, che, nonostante in questi casi non possa sostenersi la vincolatività delle sentenze della Corte EDU, la giurisprudenza italiana, sia la Corte di cassazione che il Consiglio di Stato, spesso hanno richiamato i giudici al rispetto dei diritti CEDU e all'interpretazione data dalla Corte EDU¹²².

Anche la Corte costituzionale ha fatto uso della giurisprudenza di Strasburgo per sancire la tutela dei diritti. Lo ha fatto, in particolare, proprio in tema di indennità per occupazione acquisitiva.

Come vedremo in seguito, nel 2007, con la sentenza n. 349, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 5 bis, comma 6, l. n. 333 del 1992, nella parte in cui stabiliva l'entità del risarcimento del danno per un valore inferiore al valore di mercato del bene, violando in tal modo l'art. 1, primo Prot., CEDU.

Nella storia della giurisprudenza italiana non mancano le ipotesi di contrasto con la giurisprudenza della Corte EDU: questo dato emerge in modo dirompente quando si tratta dell'occupazione ablatoria del diritto di proprietà.

¹¹⁹ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348.

¹²⁰ Art. 46 CEDU prevede che *«Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l'esecuzione»*.

¹²¹ G. OBERTO, *La tutela dei diritti*, cit., p. 173.

¹²² Sez. Un. civili, 26 gennaio 2004, n. 1338 – 1341; Cons. St., sez. VI, 10 agosto 2004, n. 5499.

CAPITOLO II

L'occupazione acquisitiva: storia di un istituto

1. Le occupazioni illegittime dei beni immobili privati da parte della pubblica amministrazione.

L'occupazione è un istituto tipico del diritto amministrativo, il Testo unico sull'espropriazione, D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, prevede due istituti di portata generale: l'occupazione temporanea di aree non soggette ad esproprio (art. 49) e l'occupazione d'urgenza preordinata all'esproprio (art. 22 *bis*). In entrambi i casi, l'occupazione ha ad oggetto un bene immobile del privato ed è finalizzata a garantire alla pubblica amministrazione l'acquisto coattivo dell'uso del medesimo¹²³.

Il proprietario, privato dell'uso dell'immobile, rimane «*solo animo*» il possessore giuridico, non potendo egli adottare comportamenti che ostacolino l'occupazione della pubblica amministrazione. Sebbene l'occupazione sia temporanea, al proprietario spetta un'indennità per i pregiudizi derivanti dalla mancata disponibilità del bene.

Tra i modelli di occupazione disciplinati oggi dal legislatore, rientra anche l'«*Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di pubblica utilità*», disciplinato nell'art. 42 *bis* del TU espr., denominato anche occupazione sanante.

L'occupazione sanante è, o almeno questa è l'intenzione del legislatore, la disciplina normativa di un fenomeno affermatosi nella prassi della pubblica amministrazione e regolato per anni dal diritto vivente. Il fenomeno, che nelle sue molteplici denominazioni ha preso il nome di occupazione acquisitiva, occupazione appropriativa o occupazione espropriativa, riguarda l'occupazione illegittima realizzatasi per mano della pubblica amministrazione a discapito del privato proprietario.

L'occupazione appropriativa ha denotato l'attività invalsa nella pubblica amministrazione con la quale essa si appropriava di un bene immobile del privato per costruirvi un'opera pubblica senza esserne legittimata, perché priva di un titolo di autorizzazione o perché questo era invalido o inefficace¹²⁴.

In questi casi, la pubblica amministrazione procedeva all'esecuzione dell'opera pubblica, prescindendo dal modello disciplinato dal legislatore nel procedimento espropriativo.

¹²³ S. SALVAGO, *Occupazione acquisitiva nelle espropriazioni per pubblica utilità*, Milano, 1997, p. 41.

¹²⁴ R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e diritti umani*, Milano, 2006, p. 30.

Nonostante la mancanza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio, il privato veniva svuotato del suo diritto dominicale, senza alcuna possibilità di recuperare il bene, dopo che l'opera pubblica era stata costruita, per questi motivi, la giurisprudenza ha, non solo creato, ma regolato l'istituto dell'occupazione appropriativa.

Scelta assolutamente nobile da parte della giurisprudenza, considerati i pregiudizi che subiva il privato, ma non quella obbligata, infatti, rispetto ad un simile comportamento da parte della pubblica amministrazione, si contrapponevano due possibili soluzioni: l'applicabilità delle disposizioni del codice civile in materia di proprietà, oppure consentire alla pubblica amministrazione l'utilizzazione del bene. Nel primo caso, si sarebbe dovuto permettere al privato di esperire le azioni in tutela del diritto di proprietà e così ambire alla restituzione del bene; nel secondo caso, si legittimava una condotta illecita della pubblica amministrazione senza nessuna possibilità di restituzione del bene; la giurisprudenza ha scelto la seconda strada, escludendo a priori la possibilità che il bene dovesse essere restituito al suo proprietario.

Innanzitutto, il vero ostacolo ad una condanna della pubblica amministrazione alla restituzione del bene si rinveniva nella tradizionale interpretazione dell'art. 4 della Legge sul contenzioso amministrativo del 20 marzo 1865, n. 2248, ai sensi del quale è precluso al giudice ordinario revocare o modificare un atto amministrativo, che evidentemente nel caso dell'occupazione era dato per implicito. Non esistendo infatti alcun provvedimento, il privato non poteva neanche rivolgersi al giudice amministrativo, il cui giudizio all'epoca era concepito come giudizio di annullamento.

A questi motivi di ordine processuale, se ne aggiungevano altri di natura sostanziale, infatti, si precisava che, sebbene l'occupazione consistesse in un comportamento illecito della pubblica amministrazione, il fatto che il bene servisse per costruire un'opera pubblica destinata a soddisfare un interesse pubblico impediva la restituzione del bene al suo proprietario; fermo restando che quest'ultimo era legittimato a chiedere il risarcimento del danno per i pregiudizi patiti dall'illecito della pubblica amministrazione. Il proprietario, inoltre, continuava ad essere il legittimo proprietario del bene. Pertanto, qualora la pubblica amministrazione avesse voluto adeguare la situazione di diritto a quella di fatto, era suo onere adottare un provvedimento di esproprio tardivo. Qualora detto provvedimento fosse sopraggiunto in pendenza del giudizio risarcitorio, si riteneva, infine, che detto giudizio dovesse convertirsi in giudizio

di opposizione di stima¹²⁵.

Questa era l'impostazione tradizionale accolta dalla giurisprudenza fino al 1983, anno in cui le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno elaborato la regola dell'occupazione appropriativa che per anni abbiamo conosciuto.

1.1. La sentenza delle Sezioni Unite del 26 febbraio 1983, n. 1464.

Le Sezioni unite, conformandosi ad un altro orientamento affermatosi nella giurisprudenza¹²⁶, hanno sostenuto il seguente principio di diritto: *«nelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione (o un suo concessionario) occupi un fondo di proprietà privata per la costruzione di un'opera pubblica e tale occupazione sia illegittima, per totale mancanza di provvedimento autorizzativo o per decorso dei termini in relazione ai quali l'occupazione si configurava legittima, la radicale trasformazione del fondo - ove sia dal giudice di merito ritenuta - univocamente interpretabile nel senso dell'irreversibile sua destinazione al fine della costruzione dell'opera pubblica - da un lato comporta l'estinzione in quel momento del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione a titolo originario della proprietà in capo all'ente costruttore e dall'altro costituisce un illecito (istantaneo, sia pure con effetti permanenti) che abilita il privato a chiedere, nel termine prescrizione di cinque anni dal momento della trasformazione del fondo nei sensi prima indicati, la condanna dell'ente medesimo a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà, mediante il pagamento di una somma pari al valore che il fondo aveva in quel momento, con la rivalutazione per l'eventuale diminuzione del potere di acquisto subito dalla moneta fino al giorno della liquidazione, e con l'ulteriore conseguenza che un provvedimento di espropriazione del fondo per pubblica utilità intervenuto successivamente a tale momento deve considerarsi del tutto privo di rilevanza - sia ai fini dell'assetto proprietario sia ai fini della responsabilità da illecito».*

Con questa pronuncia le Sezioni unite hanno individuato i presupposti dell'occupazione appropriativa, per effetto della quale la pubblica amministrazione acquistava, a titolo originario, la proprietà del suolo privato sul quale aveva costruito l'opera pubblica; tali presupposti, inoltre, hanno caratterizzato l'istituto, divenendo presto il corrispondente di una disciplina giuridica.

Le Sezioni unite sono pervenute al sopra detto principio di diritto dopo aver

¹²⁵ Cass., 30 dicembre 1968, n. 4086, in *Foro it.*, 1969, I, p. 1534.

¹²⁶ Cass., 8 giugno 1979, nn. 3242 e 3243, in *Foro it.*, 1980, I, p. 162; ; Cass., 6 aprile 1982, n. 2107.

fatto una precisa analisi della giurisprudenza precedente e del panorama normativo vigente, in seguito al quale hanno escluso qualsiasi rilevanza dell'art. 4 LAC ai fini dell'esercizio delle azioni di tutela della proprietà, ritenendo invece determinante il fatto che con la costruzione dell'opera pubblica si realizzasse, contemporaneamente, l'estinzione del diritto di proprietà del privato e l'acquisto dello stesso da parte della pubblica amministrazione.

Sul primo versante, le Sezioni unite, in rottura con l'orientamento precedente, hanno accolto e fatto propria la nuova interpretazione dell'art. 4 LAC data dalla giurisprudenza¹²⁷, con la quale si è circoscritto il principio di intangibilità dell'atto amministrativo ai provvedimenti espressione di pubblico potere, escludendone l'applicabilità ai comportamenti materiali della pubblica amministrazione. Nell'ipotesi di mero comportamento materiale dell'amministrazione, la norma non potrebbe quindi trovar applicazione, salvo che questo sia espressione di una valutazione autoritativa compiuta nella specifica sede amministrativa¹²⁸.

In mancanza di un provvedimento che legittimi l'attività materiale della pubblica amministrazione e non trovando applicazione l'art. 4 LAC, il giudice continua a esercitare la sua giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione come rispetto a qualsiasi soggetto privato.

Come hanno precisato le Sezioni unite, questo orientamento «è sorto e si è sviluppato in riferimento ad ipotesi in cui l'attività materiale eseguita dalla pubblica amministrazione sul suolo privato non aveva presentato caratteri tali da implicarne una radicale trasformazione».

Questo significa che nelle ipotesi di esecuzione dell'opera non è ipotizzabile la restituzione del bene al privato, perché la trasformazione è tale da far venir meno i caratteri propri del bene, al punto da considerarlo un altro bene. Pertanto, in seguito al processo di occupazione *sine titolo* del suolo e di realizzazione dell'opera sullo stesso, il diritto di proprietà del privato si estingue e contemporaneamente lo stesso viene acquistato dalla pubblica amministrazione.

Consapevoli della lacuna normativa e del fatto che l'occupazione acquisitiva non poteva risolversi al di fuori della legge, le Sezioni unite ricostruirono il

¹²⁷ Sez. Un., 4 marzo 1976, n. 1027, in *Rep. Foro it.*, 1976; Cass., 12 gennaio 1978, n. 118, in *Foro it.*, 1978, I, p. 1250; Sez. Un. 22 ottobre 1980, N. 5679. Corte cost. 6 luglio 1971, n. 161, *Foro it.*, 1971, I, p. 2112, esclude che il principio di intangibilità dell'atto amministrativo sancito nell'art. 4 LAC trovi fondamento nel principio di separazione dei poteri ed afferma che, ai sensi dell'art. 113 Cost., è compito del legislatore ordinario determinare quali organi possano annullare l'atto amministrativo.

¹²⁸ Sez. Un. 22 ottobre 1980, N. 5679.

fenomeno facendo ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico, tratti dalle norme del codice civile che disciplinano le ipotesi di costruzione sul suolo altrui senza il consenso del proprietario, di cui agli artt. 936, 938 e 939 cod. civ..

Da queste disposizioni le Sezioni unite ricavarono i seguenti principi:

- l'inammissibilità della coesistenza di due distinti diritti di proprietà sullo stesso bene: il diritto sul suolo, appartenente al privato, e il diritto sulla costruzione, appartenente alla pubblica amministrazione;

- nell'ipotesi di conflitto tra il proprietario del suolo e il proprietario della costruzione, il nostro ordinamento prevede l'attribuzione, a titolo originario, della proprietà di entrambi al portatore dell'interesse ritenuto prevalente, secondo una valutazione di ordine economico e sociale¹²⁹. Il principio si fondava, secondo le Sezioni unite, per i rapporti tra i privati, nelle fattispecie dell'accessione (art. 936 cod. civ.), dell'unione e commistione (art. 939 cod. civ.) e dell'accessione invertita (art. 938 cod. civ.), mentre, sul versante del diritto pubblico, l'interesse prevalente veniva individuato nell'interesse (pubblico) che l'opera pubblica era destinato a soddisfare.

Per questo motivo, la proprietà del suolo e della costruzione doveva essere attribuita alla pubblica amministrazione portatrice di questo interesse, inoltre, si precisava che, ai fini dell'occupazione acquisitiva, rilevava esclusivamente la funzione alla quale l'uso del bene era preordinato.

La decisione delle Sezioni unite ha prodotto i seguenti effetti sul piano pratico:

- dato l'acquisto del diritto di proprietà del suolo a titolo originario da parte della pubblica amministrazione, il proprietario non poteva agire in rivendica;
- al proprietario si riconosceva il diritto al risarcimento del danno, soggetto al termine di prescrizione di cinque anni e quantificato in una somma pari al valore del bene al momento della sua trasformazione;
- infine, era giuridicamente impossibile per la pubblica amministrazione adottare un provvedimento tardivo di espropriazione, il quale sarebbe stato nullo per mancanza di causa, in quanto avente ad oggetto un bene già di proprietà della stessa.

1.2. Le critiche della dottrina.

La soluzione sostenuta dalla sentenza n. 1464 del 1983 è stata oggetto di un ampio dibattito dottrinale, la dottrina non ha, infatti, risparmiato censure alla sentenza, interrogandosi sulla legittimità dell'occupazione appropriativa per

¹²⁹ Sez. Un., 28 febbraio 1983, n. 1464, in *Foro it.*, 1983, I, p. 626.

mano della pubblica amministrazione, alla luce dell'ordinamento positivo¹³⁰.

In particolare, è stato evidenziato come il meccanismo attivato con l'occupazione appropriativa, ossia la sequenza estinzione – occupazione del diritto di proprietà, si poneva in contrasto con le norme dell'ordinamento giuridico che disciplinano i modi di acquisto del diritto di proprietà, nonché con il principio di legalità dell'azione amministrativa e, pertanto, il comportamento dell'amministrazione veniva considerato illegittimo.

Si è rilevato come, in base all'art. 42 Cost. e agli artt. 832 e seguenti cod. civ., è la legge che disciplina i modi di acquisto del diritto di proprietà, riconoscendo al privato il diritto di avvalersi delle azioni petitorie contro chiunque violi il suo diritto; nel nostro ordinamento giuridico non sono quindi ammessi modi di acquisto della proprietà diversi da quelli previsti dalla legge.

Per questi motivi, si è aspramente criticato il fatto che la vicenda dell'occupazione appropriativa non era regolata dalle norme giuridiche vigenti in materia di proprietà ma facendo ricorso ai principi generali dell'ordinamento, non nascondendo oltretutto i dubbi sulla esistenza degli stessi¹³¹.

Con riferimento all'istituto dell'accessione, infatti, il codice civile nell'art. 934 stabilisce il principio in base al quale il proprietario della cosa principale acquista la proprietà della cosa accessoria, ammettendo la soluzione inversa solo qualora sussistano i presupposti indicati nell'art. 936 cod. civ., ossia qualora si verifichi l'ipotesi eccezionale che prende il nome di accessione invertita. Rinvenuto in questi termini il principio generale, per la dottrina era assolutamente pacifico che l'istituto dell'occupazione si discostava da esso e pertanto era inammissibile.

Sul versante del diritto pubblico, si è rilevato come l'espropriazione è l'istituto mediante il quale la pubblica amministrazione può acquistare a titolo originario il diritto di proprietà su un suolo del privato. Poiché la disciplina dell'espropriazione prevede i casi e modi di espropriazione e le procedure da

¹³⁰ A. GAMBARO, *Osservazioni a Sez. Un.*, 16 febbraio 1983, n. 1464, in *Resp. civ.*, 1983, 408; V. CARBONE, *Alla P. A. basta «costruire» per acquistare legittimamente il suolo?*, in *Corriere giur.*, 1985, 100; M. COMPORTI, *Dalla occupazione illegittima di immobili da parte della pubblica amministrazione alla «occupazione appropriativa»*, in *Riv. giur. ed.*, 1985, II, 3; R. ORIANI, *Osservazioni a Sez. Un. Civ.*, 16 febbraio 1983, n. 1464, in *Foro it.*, 1983, I, 626; G. CAROTENUTO, *L'opera pubblica su suolo privato. Una soluzione che lascia perplessi*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1741; R. MASTROCINQUE, *Il potere e il diritto*, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 1737; I. CACCIAVILLANI, *Occupazione d'urgenza, occupazione acquisitiva e tutela del possesso nei confronti della p.a.*, in *Giust. Civ.*, 1984, 2829; A. NATUCCI, *Occupazione espropriativa e tipicità dei modi di acquisto della proprietà nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 1991, 255; M. ANNUNZIATA, *Brevi note sugli aspetti pubblicistici della decisione in tema di danni da occupazione illegittima*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1740.

¹³¹ M. COMPORTI, *Dalla occupazione illegittima, cit.*, p.3.

seguire, nonché le ipotesi legittime di occupazione, qualora la pubblica amministrazione occupi i beni privati non rispettando le previsioni normative allora il suo comportamento è illegittimo e il privato dovrebbe poter esperire nei suoi confronti le azioni a tutela della proprietà.

Il problema di fondo che la dottrina ha ritenuto insuperabile è il fatto che in questi casi la pubblica amministrazione operava in totale assenza di potere, o meglio di potere di destinazione, considerato che con l'espropriazione si deve perseguire un fine pubblico¹³².

Questa dottrina ha inoltre evidenziato che la costruzione dell'opera pubblica, quale elemento determinante affinché potesse operare la sequenza estintiva – acquisitiva non era sufficiente per giustificare acquisto del diritto, essendo necessario che l'opera fosse destinata a perseguire un fine pubblico, il quale doveva emergere dalla dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, ossia da un atto formale della pubblica amministrazione che le conferisse il potere di costruire l'opera contro la volontà del proprietario del suolo¹³³. Detto potere, inoltre, doveva avere la sua fonte nella legge, oppure anche nei comportamenti materiali ai quali la legge riconosceva effetti di destinazione¹³⁴.

Invece, con l'occupazione appropriativa la destinazione pubblicistica dell'opera era conseguenza di un comportamento materiale della pubblica amministrazione che prescindeva dalla dichiarazione di pubblica utilità e, quindi, l'opera non era un bene pubblico¹³⁵ e l'occupazione era illegittima.

Come si rileva, sono tanti gli aspetti criticati dalla dottrina, apparentemente trascurati dalla pronuncia delle Sezioni unite, fermo restando che il problema della mancanza della dichiarazione di pubblica utilità e la lacuna della mancata definizione della nozione di irreversibile trasformazione dell'opera sono state l'oggetto delle decisioni della giurisprudenza successiva.

1.3. La giurisprudenza successiva alle Sezioni unite del 1983. Le Sezioni unite 1987 e 1988.

Nonostante le rilevanti critiche mosse dalla dottrina maggioritaria, condivise da una isolata pronuncia della Cassazione¹³⁶, la giurisprudenza successiva ha

¹³² M. ANNUNZIATA, *Brevi note, cit.*, p. 1929; G. CAROTENUTO, *L'opera pubblica, cit.*, p. 1741; A. NATUCCI, *Occupazione espropriativa, cit.*, p. 255.

¹³³ G. CAROTENUTO, *L'opera pubblica, cit.*, p. 1741.

¹³⁴ A. NATUCCI, *Occupazione espropriativa, cit.*, p. 255.

¹³⁵ A. NATUCCI, *op. ult. cit.*, p. 255.

¹³⁶ Cass., sez. II, 18 aprile 1987, n. 3872, in *Foro it.*, 1987, I, 1727, la sentenza ha negato che dall'occupazione, oltretutto qualificata come illecita, la pubblica amministrazione potesse acquistare il diritto di proprietà. In particolare la sentenza ha contestato due argomenti fondanti l'indirizzo accolto dalle sezioni unite del 1983: il venir

confermato l'orientamento accolto dalle Sezioni unite del 1983¹³⁷.

Su queste sentenze è gravato l'onere di definire in modo accurato l'istituto dell'occupazione appropriativa, ampliandone anche la portata applicativa.

Per quanto riguarda questo ultimo aspetto, Sez. Un. 14 gennaio 1987, n. 196, ha applicato l'istituto nelle ipotesi, come quella della servitù, in cui la realizzazione dell'opera pubblica non comportava una radicale trasformazione del fondo, bensì ne limitava in modo significativo il godimento da parte del suo proprietario. Il caso aveva ad oggetto una servitù coattiva di elettrodotto, rivendicata dall'Enel in conseguenza della costruzione abusiva di un elettrodotto sul fondo di un privato. Le Sezioni unite hanno ricondotto nell'ambito dell'effetto acquisitivo sia l'irreversibile trasformazione del fondo che l'irreversibile destinazione di esso all'opera pubblica.

Si è osservato che nelle due diverse ipotesi si era in presenza di una «*diversa entità della modificazione materiale del bene*», non rilevante al fine della configurabilità dell'occupazione acquisitiva. Ciò che rilevava, secondo le Sezioni unite, era invero il collegamento tra il sacrificio del privato e la pubblica utilità dell'opera. Nel caso di specie, la necessità del permanere delle limitazioni imposte al fondo del privato derivavano dal fatto che l'opera pubblica (l'elettrodotto) era destinata a soddisfare un interesse pubblico.

Altre pronunce si sono rivelate assai importanti invece per delineare i caratteri dell'istituto che, sebbene ormai consolidatosi, presentava alcune gravi lacune.

Con la sentenza 10 giugno 1988, n. 3940, le Sezioni unite hanno approfondito alcuni aspetti pratici della vicenda acquisitiva e riconosciuto un ruolo primario alla dichiarazione di pubblica utilità dell'opera. Nel ribadire la

meno del diritto di proprietà in seguito alla radicale trasformazione del suolo dato lo svuotamento dei diritti di godimento subito dal proprietario e l'esistenza di una lacuna normativa, ragion per cui il fenomeno dell'occupazione acquisitiva doveva essere disciplinato facendo ricorso ai principi generali dell'ordinamento. In ordine al primo argomento, la sentenza ha precisato che in base al principio di elasticità del diritto di proprietà «*la sua compressione, per quanto portata fino ai limiti estremi e per quanto protratta, non è sufficiente a sottrarre al suo titolare il diritto di proprietà*». Per quanto riguarda invece il secondo argomento, la sentenza ha ritenuto che l'indirizzo seguito dalle sezioni unite del 1983 era in contrasto con l'art. 42 Cost. e con gli artt. 834 e 922 cod. civ., dai quali si ricava che «*la p. a. non acquista la proprietà del bene del privato se non nei modi previsti e disciplinati*» dalla legge. In conclusione, la sentenza ha fornito anche una soluzione alternativa all'indirizzo criticato; ha infatti sostenuto che qualora il privato agisca in giudizio per ottenere dalla pubblica amministrazione il risarcimento del danno, con tale azione questi esprima la volontà di abbandonare il diritto di proprietà in favore dell'occupante. Il fondamento della teoria è stato rinvenuto negli artt. 1070, 1104 e 550 cod. civ..

¹³⁷ Sez. Un., 14 gennaio 1987, n. 196, in *Foro it.*, 1987, I, p. 1071; Sez. Un., 10 giugno 1988, n. 3940, in *Foro it.*, 1988, I, p. 2262; Sez. Un., 25 novembre 1992, n. 12546, in *Foto it.*, I, p. 87; Sez. Un., 4 marzo 1997, n. 1907, in *Foro it.*, 1997, I, p. 721.

validità dell'orientamento avviato dalle Sezioni unite del 1983, hanno evidenziato come il punto di partenza che caratterizzava l'occupazione appropriativa era la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, mentre la sua realizzazione costituiva il punto di arrivo del processo acquisitivo. Tra questi due poli si inseriva un'attività esecutiva manipolatrice del bene altrui nella sua fisionomia materiale, posta in essere in deviazione del modello di comportamento dettato dalle leggi in materia.

In questi casi, sebbene l'operato della pubblica amministrazione realizzava un'occupazione definitiva e illegittima, in quanto posta in essere al di fuori della legge, l'esistenza di una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera era, secondo le Sezioni unite, l'elemento che giustificava gli effetti privativi della proprietà prodotti dall'occupazione appropriativa. In essa infatti si rinveniva la causa di pubblico interesse sufficiente ad attrarre l'opera pubblica nel relativo regime giuridico. Con questa sentenza, per la prima volta, la dichiarazione di pubblica utilità viene indicata quale presupposto necessario per l'applicabilità della regola pretoria.

La legittimità dell'istituto è stata sostanzialmente sostenuta anche dalla Corte costituzionale con la sentenza 27 dicembre 1991, n. 486; in questa pronuncia la Consulta ha affermato che *«la fattispecie acquisitiva alla mano pubblica di beni privati costituita dalla figura, di creazione giurisprudenziale, della c.d. accessione invertita od occupazione appropriativa, ricorre quando il soggetto pubblico occupa un suolo privato e, radicalmente ed irreversibilmente, lo trasforma in bene pubblico assoggettato al regime proprio dei beni demaniali o patrimoniali indisponibili, su di esso realizzando un'opera pubblica, oggetto di precedente dichiarazione di pubblica utilità»*.

I vari consensi suscitati dalla regola pretoria hanno reso il fenomeno dell'occupazione appropriativa un nuovo istituto giuridico capace, più di altri, di incidere la sfera giuridica del soggetto privato¹³⁸. La legittimazione del comportamento della pubblica amministrazione ha creato, infatti, un assurdo paradosso: l'occupazione, che comunque integrava un comportamento illegittimo, era diventata una normale pratica, quasi un passaggio obbligato, ai fini dell'espropriazione, garantendo alla pubblica amministrazione evidenti vantaggi.

1.3.1 L'intervento delle sezioni unite n. 12543 del 1992.

Con l'occupazione illegittima la pubblica amministrazione veniva

¹³⁸ V. CARBONE, *Alla P. A. basta «costruire» per acquistare*, cit., p. 100.

sostanzialmente premiata, per questo motivo, sebbene l'istituto dell'occupazione appropriativa si fosse ormai consolidato, una parte della giurisprudenza ha tentato di ridefinirne in parte i caratteri, con il chiaro intento di riconoscere al privato una effettiva tutela.

Tale effettività, secondo questa giurisprudenza, non era garantita dalla disciplina vivente, perché il risarcimento del danno non ristorava il privato dalla vera perdita subita in termini economici, oppure non lo ristorava affatto, qualora non fosse possibile individuare il *dies a quo* della prescrizione, privandolo così del risarcimento.

Potremmo considerare questa posizione giurisprudenziale una breve parentesi nel lungo corso dell'istituto in esame, che si è concluso con l'ennesima pronuncia delle Sezioni unite nel 1992.

Proprio per la necessità di risarcire in modo serio il privato per i pregiudizi derivanti dall'occupazione, agli inizi degli anni 1990, la giurisprudenza ha tentato di ricostruire in parte l'istituto; questa giurisprudenza, che vede nella sentenza 20 giugno 1990, n. 6209, la decisione più importante¹³⁹, ha completamente rivoluzionato la struttura dell'occupazione appropriativa.

Nello scindere il fenomeno acquisitivo in due momenti, la giurisprudenza ha distinto il momento dell'impossessamento del suolo da parte della pubblica amministrazione da quello della realizzazione dell'opera pubblica. Il primo momento era espressione del comportamento illegittimo della pubblica amministrazione e qualificabile come occupazione illegittima; in relazione a questo momento al privato si riconosceva il diritto al risarcimento del danno. Il secondo momento era contrassegnato dalla irreversibile trasformazione del suolo e, quindi, dalla realizzazione dell'opera pubblica. In conseguenza di questo evento e della destinazione pubblica dell'opera, la pubblica amministrazione acquistava il diritto di proprietà sul suolo e sull'opera stessa. Al privato, invece, si riconosceva un diritto di credito equivalente al valore del bene, diritto soggetto al termine decennale di prescrizione ai sensi dell'art. 2946 cod. civ..

Correttamente la dottrina ha evidenziato che in tal modo la giurisprudenza finiva per vanificare del tutto il procedimento espropriativo, perché il nuovo istituto (definito dalla dottrina espropriazione sostanziale) degradava il procedimento a mera formalità, configurandolo come ipotesi alternativa¹⁴⁰.

Questa pronuncia ha messo in discussione la validità della regola

¹³⁹ Cass., 20 giugno 1990, n. 6209, in *Giust. civ.*, I, 1990, p. 697; vedi anche Cass., 11 luglio 1990, n. 7210, in *Corr. giur.*, 1990, p. 916.

¹⁴⁰ R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva*, cit., p. 30.

dell'occupazione appropriativa elaborata dalle Sezioni unite del 1983 e ribadita dalla giurisprudenza successiva. Pertanto ancora una volta l'applicazione dell'istituto ha creato incertezza.

Per questo motivo, le Sezioni unite sono tornate sull'argomento con la decisione n. 12546 del 1992¹⁴¹, con la quale hanno nuovamente ribadito la validità dell'orientamento del 1983.

Secondo le Sezioni unite, la fattispecie dell'occupazione appropriativa ha origine da un illecito della pubblica amministrazione, appunto l'occupazione illegittima del suolo privato, seguita dalla costruzione dell'opera in violazione delle disposizioni normative e, quindi, il fenomeno si presenta come unico. L'orientamento che, invece, rinveniva nella fattispecie due momenti diversi, uno caratterizzato da un illecito e l'altro da un fatto lecito, era da considerarsi privo di base testuale e logico – giuridica, perché è solo dall'illecito che derivano gli effetti della perdita del diritto per il privato e il conseguente acquisto del diritto da parte dell'amministrazione.

Secondo le Sezioni unite, le sue conclusioni trovavano conferma anche nella legislazione del tempo, in particolare nell'art. 31 della legge 27 ottobre 1988, n. 458, di cui si tratterà nel proseguo.

Ancora una volta la Cassazione ha confermato l'orientamento del 1983 e, pur riconoscendo che il fatto originario dell'occupazione appropriativa era un comportamento illegittimo della pubblica amministrazione, ha ritenuto che la conseguenza di detto illecito fosse la perdita del diritto di proprietà per il privato e l'acquisto dello stesso per la pubblica amministrazione.

Ciò che lascia perplessi è il fatto che la Cassazione ha giustificato detti effetti sul presupposto che «*la restituzione non è più giuridicamente possibile a causa della natura pubblica del nuovo bene*», una conclusione che, si concorda, non convince, laddove si consideri che la fattispecie ha origine giurisprudenziale¹⁴².

1.3.2. La posizione della Corte costituzionale.

La Corte costituzionale è il giudice delle leggi chiamato a sindacare la loro conformità alla Costituzione, per questo semplice motivo l'istituto dell'occupazione acquisitiva è stata sottoposta all'attenzione della Corte solo quando alcuni interventi normativi hanno recepito la fattispecie pretoria.

¹⁴¹ Sez. Un., 25 novembre 1992, n. 12546, in *Foro it.*, p. 87.

¹⁴² G. DE MARZO, *Le sezioni unite e l'occupazione espropriativa, ovvero come (far finta di) metter le cose a posto*, nota a Sez. Un. 25 novembre 1992, n. 12546, in *Foro it.*, 1993, p. 97.

Di questi interventi si tratterà nel proseguo, il richiamo in questa sede è però necessario per spiegare l'occasione che ha permesso alla Corte di riconoscere (implicitamente) la legittimità costituzionale dell'occupazione appropriativa, non potendo essa sindacare gli orientamenti della Corte di cassazione.

La norma che ha fornito alla Corte l'occasione di pronunciarsi sull'istituto è l'art. 3 della legge 27 ottobre 1988, n. 458, il quale nel 1990, il quale riconosceva il diritto al risarcimento del danno causato dall'annullamento del provvedimento espropriativo ai proprietari dei terreni utilizzati per l'edilizia residenziale pubblica.

In questa occasione la Corte ha sostenuto la compatibilità della norma con l'art. 42 Cost., precisando che la legge può disporre direttamente l'espropriazione, purché questa sia sorretta da motivi di interesse pubblico e sia previsto un indennizzo per il privato; secondo la Corte, *“il terzo comma dell'art. 42 della Costituzione non implica che la potestà espropriativa debba riferirsi ad ipotesi ablative prefigurate in via generale e accompagnate da sequenze procedurali costanti ed unitarie”*. La norma è stata considerata il primo riconoscimento formale dell'occupazione appropriativa a livello normativo e, per questo motivo, si è ritenuto che con questa sentenza¹⁴³ la Corte abbia implicitamente accertato la legittimità costituzionale dell'istituto.

Ma è solo con la successiva sentenza¹⁴⁴, sempre relativa alla norma sopra citata, che la Corte per la prima volta ha menzionato e *accettato* la fattispecie dell'occupazione appropriativa. In questa pronuncia la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 della legge 27 ottobre 1988, n. 458, nella parte in cui non prevedeva che al proprietario del terreno utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, senza che sia stato emesso alcun provvedimento di esproprio, potesse applicarsi la disciplina dalla stessa prevista per l'ipotesi in cui - nella medesima situazione - il provvedimento espropriativo era stato dichiarato illegittimo.

La Corte, nelle sue argomentazioni, ha precisato che l'art. 3 *«viene comunemente inteso come una sostanziale applicazione di quella particolare fattispecie acquisitiva alla mano pubblica di beni privati costituita dalla figura, di creazione giurisprudenziale, della c.d. accessione invertita, od occupazione appropriativa»*. Inoltre, dopo averne brevemente riassunto i caratteri, ha rilevato come l'accessione invertita è *“una regola già operante in via generale per tutte le opere pubbliche»*, mentre l'art. 3 citato si riferiva allo specifico settore

¹⁴³ Corte cost., 31 luglio 1990, n. 384.

¹⁴⁴ Corte cost., 27 dicembre 1991, n. 486.

dell'edilizia residenziale pubblica.

La Corte costituzionale successivamente ha avuto modo di pronunciarsi più volte sul ristoro dovuto al proprietario per il danno da occupazione appropriativa, ossia l'unico aspetto della fattispecie che abbia mai avuto una disciplina legislativa a partire dal 1995.

Con la sentenza 16 dicembre 1993, n. 442, ha sostenuto la correttezza delle diverse modalità di ristoro dei pregiudizi subiti dal privato in seguito all'espropriazione e all'occupazione appropriativa; nell'ipotesi di espropriazione, l'art. 5 *bis*, d.l. 11 luglio 1992, n. 333, ha riconosciuto al proprietario un'indennità di esproprio pari alla semisomma del valore venale e del reddito dominicale decurtata del quaranta per cento, mentre, nell'ipotesi di occupazione appropriativa, il privato aveva diritto al risarcimento integrale del danno.

Secondo la Corte, *«le fattispecie a confronto sono infatti assolutamente divaricate e non comparabili»*. Pertanto, il fatto che l'occupazione acquisitiva *«si colloca fuori dei canoni della legalità»* giustificava il risarcimento integrale e spiegava perché la pubblica amministrazione dovesse subire conseguenze più gravose rispetto alle ipotesi in cui l'espropriazione si verificava dopo un procedimento legittimo.

Ciò che rileva in merito a queste pronunce è che la Corte costituzionale si limita a riconoscere la legittimità costituzionale dell'occupazione appropriativa implicitamente, di fatto aderendo all'orientamento della Cassazione, senza però esaminare direttamente i profili di costituzionalità¹⁴⁵.

Questo è dipeso dal fatto che, nei giudizi che hanno prodotto le citate sentenze, la legittimità costituzionale della fattispecie non era oggetto delle questioni proposte alla Corte costituzionale dai giudici rimettenti.

Solo nel 1995 la Corte è stata chiamata a pronunciarsi espressamente sulla compatibilità dell'occupazione appropriativa con la Costituzione. Alla Corte si è chiesto, come prima fondamentale questione, di verificare, in riferimento all'art. 42 ed agli artt. 3 e 53 della Costituzione, la legittimità: a) delle norme, *«non corrispondenti a specifiche disposizioni di legge e tuttavia rinvenute dalla Corte di Cassazione nell'ordinamento»*, che ricollegano la perdita del dominio e l'acquisto di esso in capo alla pubblica amministrazione all'illecito costituito dalla costruzione dell'opera pubblica su suolo altrui senza provvedimento espropriativo, per quanto esse consentono una *«ablazione senza espropriazione»*, facendo così conseguire all'illecito effetti positivi per il suo

¹⁴⁵ R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva*, cit., p. 162.

autore¹⁴⁶.

La Consulta ha dichiarato inammissibili le questioni per «*inesistenza dell'oggetto*»; infatti, ai sensi dell'art. 23, legge 11 marzo 1953, n. 87, il giudice rimettente è tenuto ad indicare alla Corte «*le disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge, dello Stato o delle Regioni viziati da illegittimità costituzionale*».

La Corte ha rilevato come il giudice rimettente, nell'ordinanza di rimessione, ha denunciato il contrasto di un «*principio giurisprudenziale*» con la Costituzione, ma non ha indicato le disposizioni di legge che dovrebbero disciplinare l'occupazione appropriativa, «*che costituisce viceversa il veicolo obbligato di accesso al giudizio di costituzionalità*».

Per quanto riguarda l'ulteriore questione della legittimità costituzionale dell'art. 2043 cod. civ. in riferimento agli artt. 42 (per inosservanza dei presupposti e delle condizioni cui è costituzionalmente subordinata l'ablazione della proprietà) e 3 (da intendersi come ingiustificata omissione della previsione di una «*sopravvenienza sanante*» idonea ad equiparare *quoad effectum* la illecita occupazione appropriativa alla lecita vicenda espropriativa) Cost., la Corte, dopo aver rilevato che secondo la costante giurisprudenza della Corte di Cassazione con la fattispecie occupativa non si realizza «*la traslazione di un idem*» (perché la vicenda deve essere ricostruita in termini «*di manipolazione-distruzione di un quid e parallela acquisizione di un aliud residuale a quella manipolazione*»), evidenzia come l'elemento qualificante della fattispecie è la vanificazione del suolo, il quale dopo la trasformazione perde irrimediabilmente i suoi caratteri originari, acquisendone dei nuovi che lo rendono un bene nuovo e diverso.

Da questa premessa la Corte trae un'importante conclusione: la perdita del bene per il privato è un risultato diretto dell'illecito perpetrato dalla pubblica amministrazione, mentre l'acquisto, in capo alla stessa, del bene è un effetto della costruzione dell'opera pubblica, «*con conseguente non restituibilità del suolo in essa incorporato*».

L'aver collegato eziologicamente gli effetti estintivo – acquisitivo dell'occupazione appropriativa a due diverse cause, consente alla Corte di escludere il contrasto con l'art. 42 Cost., perché gli effetti positivi prodotti dalla fattispecie non dipendono causalmente da un atto illecito della pubblica amministrazione.

La Corte sottolinea come l'effetto acquisitivo si caratterizzi in positivo perché

¹⁴⁶ Corte cost., 23 maggio 1995, n. 188.

“realizza un modo di acquisto della proprietà, previsto dall'ordinamento sul versante pubblicistico, giustificato da un bilanciamento fra interesse pubblico e l'interesse privato”; mentre l'effetto estintivo si caratterizza in negativo in quanto *«ha tutti i crismi dell'illecito»*. Per questo motivo, reputa coerente con la connotazione illecita della vicenda che la disciplina normativa preveda il diritto al risarcimento del danno e non il diritto ad un'indennità.

Per concludere, si deve dare atto che la Corte costituzionale negli anni ha di fatto consolidato la sua presa di posizione sulla legittimità della fattispecie dell'occupazione appropriativa. Nelle sentenze n. 369 del 1996 e n. 148 del 1999, entrambe aventi ad oggetto la legittimità costituzionale delle disposizioni normative disciplinanti l'indennità dovuta in caso di occupazione appropriativa, la Corte ha richiamato la fattispecie elaborata dalla giurisprudenza, arrivando a sostenere che essa *«ha superato anche il vaglio di costituzionalità con la sentenza n. 188 del 1995»*.

Appare pacifico che la Corte costituzionale ha di fatto avvalorato la fattispecie pretoria contribuendo in tal modo al suo consolidarsi nell'ordinamento italiano¹⁴⁷.

2. Gli interventi legislativi in materia di occupazione acquisitiva.

Come sopra detto, le Sezioni unite del 1992 hanno ritenuto che le proprie conclusioni trovassero conferma nell'art. 3 della legge 27 ottobre 1988, n. 458.

La norma, oggi abrogata dall'art. 58 del TU espr., stabiliva che *«Il proprietario del terreno utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata, ha diritto al risarcimento del danno causato da provvedimento espropriativo dichiarato illegittimo con sentenza passata in giudicato, con esclusione della retrocessione del bene. Oltre al risarcimento del danno spettano le somme dovute a causa della svalutazione monetaria e le ulteriori somme di cui all'art. 1224, comma 2, c. c., a decorrere dal giorno dell'occupazione illegittima»*.

La portata applicativa della norma è stata ampliata grazie all'intervento della Corte costituzionale, la quale ne ha esteso l'applicazione alle ipotesi di occupazione in mancanza del provvedimento di esproprio¹⁴⁸.

La norma non aveva ad oggetto la costruzione di opere pubbliche, infatti, gli edifici di residenza pubblica non vengono asserviti alle esigenze della pubblica

¹⁴⁷ R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva*, cit., p. 162; A. BENIGNI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo «boccia l'occupazione appropriativa», commento alle sentenze Corte europea dei diritti dell'uomo 30 maggio 2000*, in *Urb. app.*, 2001, I, p. 283.

¹⁴⁸ Corte cost., 27 dicembre 1991, n. 486.

amministrazione, bensì a soggetti privati individuati aventi determinati requisiti.

Sebbene la norma non richiamasse espressamente l'occupazione appropriativa¹⁴⁹, secondo la giurisprudenza, con questa disposizione, il legislatore intendeva estendere la fattispecie pretoria alla particolare ipotesi dell'occupazione dei suoli per l'edilizia residenziale pubblica, nonché riconoscerla formalmente¹⁵⁰.

La norma comunque aveva messo in rilievo il vero problema dell'occupazione appropriativa: la quantificazione del risarcimento del danno spettante al privato; la questione è stata poi oggetto di numerosi interventi normativi, nonché di importanti pronunce della Corte costituzionale, di cui si tratterà ampiamente nelle prossime pagine.

3. Gli elementi essenziali dell'occupazione acquisitiva.

Dalle numerose pronunce delle Sezioni unite è possibile delineare i caratteri fondanti l'occupazione appropriativa. Questa infatti si configura se sussistono tre elementi: una valida dichiarazione di pubblica utilità, l'irreversibile trasformazione del fondo e la realizzazione di un'opera pubblica.

Il risarcimento del danno non è, invece, un elemento necessario ad integrare la fattispecie, bensì lo strumento individuato dalla giurisprudenza per ristorare il proprietario dalla perdita subita.

3.1. La dichiarazione di pubblica utilità.

L'esistenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità è il primo presupposto per l'applicazione della regola dell'occupazione appropriativa, nonché l'elemento differenziale tra questa e l'occupazione usurpativa.

La dichiarazione di pubblica utilità rappresenta, nel procedimento espropriativo, il presupposto del relativo decreto; con essa, infatti, la pubblica amministrazione, dopo aver ponderato degli interessi pubblici e privati coinvolti, individua l'opera pubblica che intende realizzare in concreto e ne spiega i motivi di pubblica utilità. Essa è, pertanto, il momento di collegamento fra l'astratta configurazione legislativa del potere ablativo e la concreta possibilità del suo nascere¹⁵¹.

¹⁴⁹ R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva*, cit.; F. CARINGELLA, M. DE PALMA, *Potere espropriativo e proprietà privata. I nuovi confini dell'espropriazione per pubblica utilità alla luce del testo unico*, Milano, 2005, p. 228.

¹⁵⁰ S. SALVAGO, *Occupazione acquisitiva*, cit., p. 127, sostiene che con la legge 27 ottobre 1988, n. 458 l'occupazione acquisitiva sia stata definitivamente ed inequivocabilmente inclusa tra i modi di acquisto della proprietà.

¹⁵¹ Cass., 21 dicembre 2001, n. 15710, in *Foro it.*, 2001; Cass., 15 settembre 2005, n. 18239, in *Corr. giur.*, 2006.

Dalla previsione della dichiarazione di pubblica utilità quale presupposto necessario della fattispecie, si evince che l'irreversibile trasformazione del suolo e la costruzione dell'opera non sono da soli sufficienti a giustificare il sacrificio imposto al privato, essendo necessario che l'attività della pubblica amministrazione sia soggetta ad un vincolo di scopo (o vincolo di destinazione), quale è la pubblica utilità dell'opera¹⁵².

Ne consegue che, nell'ipotesi di inesistenza, annullamento e inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità, la pubblica amministrazione è priva del potere di espropriare. In questi casi, sebbene sia stata realizzata l'opera pubblica, l'amministrazione verte in una situazione di carenza di potere e, per questo motivo, la giurisprudenza ha ritenuto non configurabile l'occupazione acquisitiva, realizzandosi invece l'occupazione usurpativa, corrispondente ad un mero comportamento materiale integrante un illecito extracontrattuale permanente¹⁵³.

Questa attività non essendo espressione di potestà amministrativa non è idonea a trasferire il diritto di proprietà che resta nella titolarità del privato, il quale ha, conseguentemente, diritto al risarcimento del danno, nonché all'esercizio delle azioni reali per il recupero del suolo¹⁵⁴.

Il risarcimento, inoltre, viene quantificato nel valore di mercato del suolo, perché nell'occupazione usurpativa viene meno il legame tra il comportamento illecito della pubblica amministrazione e il perseguimento dell'interesse pubblico¹⁵⁵.

L'entità del risarcimento, come si vedrà, è superiore a quello previsto a favore del privato nell'ipotesi di occupazione appropriativa; questa differenza dipende dal fatto che l'occupazione usurpativa viene concepita come un fatto illecito generatore esclusivamente di un danno per il privato. Il privato viene infatti privato del godimento del diritto dal momento dell'occupazione del suolo da parte della pubblica amministrazione e, poiché essa agisce in mancanza di una dichiarata pubblica utilità, opera in carenza di potere.

Per concludere, si aggiunga che, qualora il proprietario decida di agire per ottenere il risarcimento del danno, secondo la Cassazione, la domanda implica abdicazione del privato alla proprietà e, per l'effetto, la proprietà si trasferirebbe

¹⁵² S. SALVAGO, *Occupazione acquisitiva*, cit., p. 146.

¹⁵³ F. CARINGELLA, M. DE PALMA, *Potere espropriativo*, cit., p. 253; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, p. 1295.

¹⁵⁴ Sez. Un., 4 marzo 1997, n. 1907; Sez. Un., 13 aprile 1992, n. 4477; Sez. un., 9 novembre 1989, n. 4619.

¹⁵⁵ F. CARINGELLA, M. DE PALMA, *Potere espropriativo*, cit.; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale*, cit., p. 1279.

alla pubblica amministrazione¹⁵⁶.

3.2. L'irreversibile trasformazione del fondo.

L'occupazione acquisitiva ha all'origine una dichiarazione di pubblica utilità e si perfeziona con l'irreversibile trasformazione del suolo e la realizzazione dell'opera pubblica. Dopo le Sezioni unite del 1983, la giurisprudenza unanime ha enunciato il principio secondo cui, data l'occupazione illegittima del suolo privato da parte della pubblica amministrazione, l'acquisto a titolo originario della proprietà da parte della medesima è determinato dalla radicale trasformazione del fondo conseguente alla realizzazione dell'opera.

Questo momento segna, dunque, il momento dell'acquisto del diritto di proprietà per la pubblica amministrazione e il momento dell'insorgere del diritto al risarcimento del danno per il privato.

Diventa quindi essenziale individuare questo momento tra le diverse fasi del processo acquisitivo, perché definire il concetto di irreversibile trasformazione del fondo significa individuare il momento del prodursi dell'effetto estintivo – acquisitivo. Secondo la giurisprudenza, al fine di individuare tale momento, è necessario distinguere tra l'occupazione illegittima *ab origine* e l'occupazione in origine legittima, come nell'ipotesi di occupazione d'urgenza. Nel primo caso, l'effetto estintivo – acquisitivo dipende dalla irreversibile trasformazione del suolo, nel secondo, qualora detta trasformazione ha luogo durante il periodo di occupazione legittima, allo scadere della stessa.

Come ha osservato la dottrina¹⁵⁷, la nozione di radicale trasformazione del fondo è alquanto generica, per questo motivo la giurisprudenza in numerose pronunce ha cercato di darne una definizione precisa, individuando nel processo occupativo la circostanza che potesse essere considerata equivalente. La necessità di individuare in concreto il momento in cui ha luogo la trasformazione del fondo dipende dal fatto che questo momento assume un ulteriore duplice significato nel fenomeno occupativo: esso è anche il *dies a quo* da cui decorre il termine di prescrizione per il risarcimento del danno, nonché il momento di riferimento per accertare il valore del fondo ai fini dello stesso risarcimento.

Scorrendo la casistica giurisprudenziale, si ha l'impressione che la giurisprudenza, una volta sostenuta la validità in astratto dell'istituto

¹⁵⁶ Sez. Un., 4 marzo 1997, n. 1907; Sez. Un., 13 aprile 1992, n. 4477; Sez. Un., 9 novembre 1989, n. 4619.

¹⁵⁷ R. ORIANI, *Osservazioni*, cit., p. 626; V. CARBONE, *Alla P. A. basta «costruire»*, cit., p. 100.

dell'occupazione appropriativa, si sia poi premurata di individuare la fattispecie in concreto; per lo più l'onere è gravato sui giudici di merito, competenti ad applicare il principio giurisprudenziale al caso concreto.

Considerando che, sebbene negli anni detto principio si è consolidato, la fattispecie non ha certamente brillato per chiarezza, una mancanza che certamente è dovuta all'origine giurisprudenziale dell'istituto e che, nonostante le buone intenzioni, si è amplificata a causa delle contrastanti decisioni giurisprudenziali.

In un primo momento, le decisioni sono state assolutamente contrastanti: ciascuna pronuncia ha collegato l'irreversibile trasformazione del suolo ad una diversa fase del processo occupativo¹⁵⁸. Questa varietà di soluzioni dimostra che la giurisprudenza ha arbitrariamente individuato il momento dell'irreversibile trasformazione del fondo creando ulteriori incertezze¹⁵⁹; la causa di simili disparità si rinviene nel fatto che in queste pronunce si è dato esclusivo risalto all'aspetto materiale dell'occupazione appropriativa, ossia l'alterazione del fondo. Questa concezione dominerà le pronunce giurisprudenziali almeno fino alla sentenza delle Sezioni unite n. 3940 del 1998, nella quale per la prima volta il momento acquisitivo dell'occupazione viene individuato nella fase (del processo occupativo) in cui il suolo subisce una mutazione strutturale e funzionale tale da comportare l'emergere nel mondo fisico di un nuovo bene, creato per soddisfare un interesse pubblico.

Questa nuova concezione amplia notevolmente le ipotesi di irreversibile trasformazione del fondo, non più limitate alla costruzione di un nuovo bene immobile, ma estese anche all'utilizzo di un preesistente bene immobile privato¹⁶⁰ che, per effetto dell'occupazione, perde la sua originaria destinazione, acquistando la natura di bene pubblico e, quindi, viene attratto nella relativa disciplina giuridica. Ciò implica che la materiale costruzione dell'opera o la sua parziale manipolazione non è sufficiente a realizzare l'irreversibile trasformazione del fondo, essendo necessario l'ulteriore elemento della diversa collocazione del bene nella realtà giuridica¹⁶¹.

¹⁵⁸ Per anni la giurisprudenza ha ricondotto la radicale trasformazione del suolo alle diverse fasi del processo occupativo, quali la costruzione dell'opera, la trasformazione del terreno, il completamento dell'opera o l'ultimazione dei lavori. Tra le numerose sentenze, si veda Cass. 13 novembre 1986, n. 6650; Cass. 11 giugno 1987, n. 5070; Cass. 12 novembre 1985, n. 5530.

¹⁵⁹ S. SALVAGO, *Occupazione acquisitiva*, cit., p. 227; F. CARINGELLA, M. DE PALMA, *Potere espropriativo*, cit., p. 218; F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *Indennità di esproprio ed occupazione appropriativa*, Milano, 1995, p. 121; R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva*, cit., p. 34.

¹⁶⁰ Sez. Un., 10 giugno 1988, n. 3940, cit.; Sez. Un., 14 gennaio 1987, n. 196, cit..

¹⁶¹ R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva*, cit., p. 34.

Infine, l'opera così concepita deve avere il carattere dell'irreversibilità. A tal fine è necessario che sussista una impossibilità assoluta del ripristino dello stato originario dei suoli, oppure che il ripristino sia possibile solo mediante nuove rilevanti modifiche¹⁶².

L'appartenenza del nuovo bene al regime giuridico dei beni pubblici implica che detto bene debba essere collocato tra i beni appartenenti alla pubblica amministrazione, Stato ed enti pubblici, e quindi rientra nella qualificazione di bene demaniale e di bene pubblico indisponibile.

3.3. Il risarcimento del danno.

Secondo la giurisprudenza che si è consolidata nelle more della fattispecie dell'occupazione appropriativa, predominante fino al primo intervento legislativo del 1995, l'unica forma di tutela garantita al proprietario era quella risarcitoria.

Se si esclude l'orientamento dottrinale, di cui si è detto, che aveva sostenuto il diritto del proprietario alla restituzione del fondo, la prevalente giurisprudenza e la prevalente dottrina riconoscevano al privato illegittimamente spossessato del bene il diritto al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.

Successivamente, le Sezioni unite, nel 1983, 1988 e 1992, consacrando l'istituto dell'occupazione appropriativa, avevano riconosciuto al privato il diritto al risarcimento integrale del danno, soggetto al termine quinquennale di prescrizione.

L'entità del risarcimento si giustificava per il fatto che il privato subiva uno spoglio in seguito ad un comportamento illecito della pubblica amministrazione ed, allo stesso tempo, ambiva ad essere il giusto deterrente per indurre l'amministrazione a non abusare dell'occupazione appropriativa. Per questo motivo, la Corte costituzionale ritenne assolutamente ragionevoli le differenze esistenti tra le discipline, inerenti la riparazione del pregiudizio subito dal privato, previste nell'ipotesi di espropriazione per pubblica utilità e nell'ipotesi di occupazione appropriativa¹⁶³. Infatti, se in quest'ultimo caso il ristoro riconosciuto al privato in quanto *vittima* dell'occupazione era l'integrale risarcimento del danno subito, in materia di espropriazione l'art. 5 *bis*, d. l. 11 luglio 1992, n. 333 (convertito nella legge 8 agosto 1992, n. 359), quantificava l'indennità di esproprio, per le aree edificabili, nella somma pari alla semisomma del valore venale del bene e del reddito catastale ridotta del quaranta per cento. Sostanzialmente, l'ammontare dell'indennità di esproprio

¹⁶² Cass. 6 maggio 1994, n. 4431; Cons. Stato, Ad. Plen., 7 febbraio 1996, n. 1.

¹⁶³ Corte cost., 16 dicembre 1993, n. 442.

corrispondeva ad una somma equivalente al trenta per cento del valore di mercato del bene.

L'opportunità di tale differenza dipendeva esclusivamente dal fatto che l'occupazione appropriativa avveniva senza seguire *l'iter* procedimentale previsto ai fini dell'espropriazione, configurando pertanto una fattispecie nuova e diversa rispetto all'espropriazione. Pronunciatasi in merito, la Corte costituzionale aveva ritenuto non fondata la censura di presunta disparità di trattamento, *trattandosi di situazioni radicalmente diverse che giustificano una disciplina differenziata*¹⁶⁴.

Come si è avuto modo di precisare più volte, l'occupazione appropriativa è una fattispecie di origine pretoria, si può aggiungere ora che, fino all'entrata in vigore del testo unico in materia di espropriazione nel 2001 la fattispecie ha mantenuto la sua origine, perché l'unico ambito di essa fino ad allora disciplinato a livello normativo era proprio quello del risarcimento del danno.

Si è visto che l'art. 3 della legge n. 458 del 1988 ha previsto il diritto al risarcimento del danno dei proprietari spogliati dei propri terreni per la costruzione di opere da adibire ad edilizia residenziale e che la norma è stata interpretata dalla giurisprudenza del tempo come l'intenzione del legislatore di riconoscere l'istituto dell'occupazione acquisitiva.

Questa norma aveva il limite di essere una disposizione destinata ad avere un campo di applicazione specifico, appunto quello dell'edilizia residenziale pubblica.

Di diverso spessore è, invece, l'art. 1, comma 65, legge 28 dicembre 1995, n. 549 (legge finanziaria 1995): con questa norma, il legislatore ha esteso la disciplina in vigore per il computo dell'indennità di esproprio alla fattispecie dell'occupazione appropriativa.

L'estensione della disciplina espropriativa alla fattispecie occupativa ha fatto sì che le rispettive indennità fossero equiparabili, sebbene solo le prime erano dovute in seguito ad un regolare procedimento espropriativo.

Questo aspetto è stato aspramente criticato dalla dottrina, la quale ha lamentato il fatto che in tal modo si favorivano i comportamenti illeciti della pubblica amministrazione, perché se questa è tenuta a versare al privato un'identica somma, sebbene a titolo diverso (di indennizzo nell'ipotesi di esproprio e di risarcimento del danno nell'ipotesi di occupazione acquisitiva), seguire le procedure espropriative potrebbe rivelarsi estremamente

¹⁶⁴ Corte cost., 16 dicembre 1993, n. 442; Corte cost., 23 maggio 1995, n. 188.

svantaggioso, stanti i tempi del procedimento¹⁶⁵.

Sullo stesso ordine di argomenti, la Corte costituzionale, con la sentenza 2 novembre 1996, n. 369, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma, per violazione degli artt. 3 e 42 Cost.: sotto il profilo della ragionevolezza, *stante la radicale diversità strutturale e funzionale delle obbligazioni così comparate*, poiché l'indennizzo è un'obbligazione prevista *ex lege* per il compimento di un atto legittimo, mentre il risarcimento del danno è un'obbligazione *ex delicto*. Inoltre, risulta «*vulnerato anche l'art. 42 comma 2 della Costituzione, per la perdita di garanzia che al diritto di proprietà deriva da una così affievolita risposta dell'ordinamento all'atto illecito compiuto in sua violazione*».

Ciò nonostante, la Corte ha precisato che il principio nell'integrale risarcimento del danno non ha copertura costituzionale¹⁶⁶ e che il legislatore può, in casi eccezionali, limitare l'entità del risarcimento. Secondo la Corte, poiché nel caso di specie la costruzione dell'opera, sebbene *non iure*, ha luogo previa dichiarazione di pubblica utilità, questo aspetto può giustificare un futuro intervento normativo che riduca il risarcimento. La Corte ha ammesso che l'occupazione appropriativa possa essere un istituto utilizzabile per far fronte a situazioni eccezionali, quali la necessità di garantire alla pubblica amministrazione di mantenere l'opera pubblica e la volontà di contenere la spesa pubblica.

Con questa sentenza, la Corte ha dato chiare direttive al legislatore sui contenuti necessari per evitare profili di incostituzionalità nei futuri interventi normativi in materia di risarcimento da occupazione appropriativa¹⁶⁷.

Dopo l'intervento demolitorio della Corte costituzionale, il legislatore ha accolto le direttive della Consulta, inserendo, con l'art. 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (legge finanziaria 1996), il comma 7 *bis* nell'art. 5 *bis* della legge 359/1992.

Il comma 7 *bis* dispone che «*In caso di occupazioni illegittime di suoli per cause di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano per la liquidazione del danno i criteri di determinazione dell'indennità di cui al comma 1 (rif. Indennità di esproprio), con esclusione della riduzione del quaranta per cento. In tal caso, l'importo del risarcimento è altresì*

¹⁶⁵ A. GAMBARO, *In nome della legge: art. 1, comma 65, l. 549/95*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 57; M. VIGNALE, *Note relative alla nuova normativa sulla liquidazione del danno da illegittima occupazione del suolo*, in *Foro it.*, 1996, I, p. 1013.

¹⁶⁶ Corte cost., 6 maggio 1985, n. 132.

¹⁶⁷ F. CARINGELLA, M. DE PALMA, *Potere espropriativo*, cit., p. 233.

aumentato del dieci per cento. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai procedimenti in corso non definiti con sentenza passata in giudicato».

Anche questa norma è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale¹⁶⁸, ma questa volta la Corte ha reputato i sospetti di incostituzionalità infondati. Dopo aver ribadito i criteri già enunciati in materia di risarcimento del danno da occupazione appropriativa, la Corte ha ritenuto *«ragionevole la riduzione imposta dalla norma denunciata, essendosi realizzato un equilibrato componimento dei contrapposti interessi in gioco, con l'eliminazione della ingiustificata coincidenza della entità dell'indennizzo per l'illecito della pubblica amministrazione con quello relativo al caso di legittima procedura ablatoria».*

Non si può non rilevare come una delle ragioni che hanno indotto la Corte a ritenere compatibile con la Costituzione il comma 7 *bis* dell'art. 5 *bis*, l. 359/1992, sia il carattere eccezionale e temporaneo della normativa. Infatti, la norma è stata introdotta in vista dell'adozione di una disciplina organica sull'espropriazione, destinata a disciplinare anche il tema del risarcimento del danno da occupazione appropriativa; la disciplina organica sull'espropriazione è stata successivamente introdotta con il D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, nel cui art. 55 è stato trasfuso l'art. 5 *bis*, comma 7 *bis*, in commento.

Con la formulazione l'art. 5 *bis*, comma 7 *bis*, l. 359/1992, il privato, in caso di occupazione appropriativa, ha diritto ad un indennizzo e non più ad un risarcimento, mentre, qualora l'occupazione abbia luogo senza una dichiarazione di pubblica utilità, realizzando un illecito di carattere permanente, allora esso matura il diritto al risarcimento integrale del danno, pari al valore venale del bene¹⁶⁹.

Questa distinzione tra occupazione appropriativa e occupazione usurpativa operata dalla giurisprudenza è stata presto interpretata come la chiara volontà di riconoscere al privato una tutela più significativa rispetto a quella prevista dalla norma, nella consapevolezza che l'indennizzo risultante dall'applicazione dei criteri fissati dal legislatore risulti ancora sostanzialmente modesto¹⁷⁰.

Per concludere, si deve rilevare come la norma ha posto diversi problemi applicativi, a causa dei quali, come si vedrà nel capitolo successivo, ha subito

¹⁶⁸ Corte cost., 30 aprile 1999, n. 148.

¹⁶⁹ Corte cost., 30 aprile 1999, n. 148; Cons. St., sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, in *Urb. app.*, 2001, II, p. 757.

¹⁷⁰ P. GALLO, *Occupazione acquisitiva danno e responsabilità*, commento alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, in *Urb. app.*, 2001, II, p. 766.

ulteriori modifiche.

4. Una prima conclusione: l'occupazione acquisitiva rientra nella materia delle espropriazioni.

Come si è avuto modo di approfondire, negli anni l'occupazione appropriativa si è consolidata nell'ordinamento giuridico italiano, le pronunce della Corte di Cassazione, gli interventi legislativi e l'avallo della Corte costituzionale, hanno rafforzato le sorti di un istituto che sin dalle origini è stato assai problematico.

Ricostruendo *l'excursus* storico dell'istituto, si ha l'impressione che la giurisprudenza italiana sia stata sin dall'inizio eccessivamente protettiva nei confronti della pubblica amministrazione e che il prezzo più alto di questa scelta l'abbia pagato il proprietario, privato di fatto di un'efficace tutela.

Se la giurisprudenza italiana si è quasi unanimamente pronunciata sulla legittimità dell'istituto, lo stesso non può dirsi per la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

5. La posizione della Corte Europea dei diritti dell'uomo sull'espropriazione di fatto.

Come si è detto del primo capitolo, l'art. 1, primo Prot., CEDU prevede che si possa espropriare solo per cause di pubblica utilità e nel rispetto delle disposizioni di legge e dei principi dell'ordinamento internazionale.

La CEDU si limita a dettare la disciplina generale dell'espropriazione, mentre rimette all'autonomia dei singoli Stati l'individuazione dell'interesse pubblico che giustifichi la privazione del diritto di proprietà; ciò nonostante la giurisprudenza della Corte EDU è costante nell'affermare che il requisito della conformità alla legge implica che le norme dell'ordinamento statale che disciplinano l'espropriazione siano precise ed accessibili. Pertanto, ove la disciplina giuridica interna riservi alle autorità competenti all'espropriazione una discrezionalità tale da rendere l'esercizio del potere espropriativo imprevedibile e del tutto arbitrario, è evidente la violazione con l'art. 1, primo Prot..

Il giudizio della Corte sulle legislazioni degli Stati non può, quindi, spingersi fino a sindacare l'interesse pubblico e la scelta delle misure opportune adottate per la sua realizzazione, essendo circoscritto ad un controllo sulla non manifesta di irragionevolezza dell'interesse, che limita in modo significativo l'intervento del giudice internazionale. Alla Corte rimane però il potere di sindacare la compatibilità delle legislazioni degli Stati con l'art. 1, primo Prot.

mediante l'uso di un criterio sostanziale, che prende in considerazione gli effetti che le disposizioni legislative producono sul diritto di proprietà¹⁷¹.

Le valutazioni della Corte si estendono quindi non solo alle disposizioni legislative sull'espropriazione (individuali e generali), ma anche alle leggi che regolano l'uso dei beni, ogni qual volta queste prevedano forme talmente restrittive del diritto da realizzare una privazione della proprietà.

Nella sentenza *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*¹⁷², la Corte ha sostenuto che, in assenza di un'espropriazione formale, è necessario «*andare oltre le apparenze ed esaminare la realtà della situazione contestata. Dal momento che la Convenzione mira a tutelare diritti «concreti ed effettivi» è di rilevante importanza accertare se la succitata situazione non equivallesse ad un'espropriazione di fatto*». Pertanto la Corte configura l'espropriazione anche nelle ipotesi in cui manchi un provvedimento formale, ma dagli effetti sostanziali di altro provvedimento si deduca che questo è finalizzato a scalfire nella sostanza il diritto di proprietà.

Nella sentenza *Hentrich c. France*¹⁷³, la Corte ha equiparato il diritto di prelazione previsto nel codice delle imposte francese ad un'espropriazione di fatto. La norma consentiva al Governo francese di privare il cittadino di una proprietà qualora il prezzo dichiarato per l'acquisto del bene fosse stato inferiore alle quotazioni di mercato. La norma si poneva come scopo quello di sanzionare il mancato versamento delle tasse dovute per il prezzo più alto di registrazione dell'immobile nei relativi registri; ebbene, la Corte ha riconosciuto che la prelazione della frode fiscale può costituire uno scopo legittimo di pubblica utilità, mentre ha contestato il sistema in cui tale diritto trovava applicazione, perché conferiva al Governo un potere arbitrario e privo di garanzie per il cittadino.

In entrambi i casi, la Corte parla di «*espropriazione indiretta*» o di «*espropriazione de facto*», comprendendovi tutte le ipotesi in cui la pubblica

¹⁷¹ M. L. PADELLETTI, *Protezione della proprietà*, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTONE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, Padova, 2001, p. 801.

¹⁷² Corte dir. uomo, 23 settembre 1982, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, nel caso di specie, poiché la legislazione svedese allora vigente in materia di espropriazione prevedeva un termine lungo per i per messi di espropriazione accompagnati dal divieto di edificare, i ricorrenti sono stati lesi nel loro diritto al godimento della proprietà, rispettivamente, per venticinque e dodici anni. La Corte ha rilevato che sebbene formalmente il diritto di proprietà era giuridicamente integro, un permesso ad espropriare per un arco temporale così ampio rendeva tale diritto precario e revocabile, realizzando di fatto un'espropriazione anticipata. Inoltre, ha ritenuto che il divieto ad edificare «*limitava significativamente il diritto dei ricorrenti di utilizzare i loro beni*». Vedi anche Corte dir. uomo, 28 ottobre 1999, *Brumărescu c. Romania*.

¹⁷³ Corte dir. uomo, 22 settembre 1994, *Hentrich c. France*.

autorità pone in essere un procedimento sostanzialmente espropriativo.

Al fine di accertare se si tratti di un'espropriazione indiretta, la Corte si sofferma proprio sugli effetti sostanziali della misura adottata dalla pubblica autorità, i quali devono concretizzare la privazione della proprietà. Detta misura, infatti, può consistere in un provvedimento oppure in una situazione concreta, quest'ultima, inoltre, deve comprimere i diritti spettanti al proprietario fino a renderne impossibile l'esercizio in modo definitivo ed irreversibile¹⁷⁴.

Nella sentenza *Papamichalopoulos e altri c. Grecia*¹⁷⁵, la Corte, nel ribadire i principi affermati nella sentenza *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, ha rilevato come l'utilizzazione dei terreni dei ricorrenti da parte del Ministero della difesa per la costruzione di una base navale e di una residenza estiva per gli ufficiali, era stata una espropriazione di fatto. La Corte ha infatti accertato che il comportamento delle autorità militari violava l'art. 1 primo Prot., visto che la legge non attribuiva detti terreni alla Marina militare e i ricorrenti non avevano subito un'espropriazione formale.

5.1. Il vaglio della Corte Europea dei diritti dell'uomo sull'occupazione acquisitiva.

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata numerose volte sull'occupazione appropriativa e ogni volta ha qualificato l'istituto come un'ipotesi di espropriazione indiretta. In linea generale, la Corte, proprio dando rilievo all'aspetto sostanziale del fenomeno pretorio e ponendosi come obiettivo la tutela concreta ed effettiva del diritto di proprietà, ha più volte affermato che la regola pretoria elaborata dalla giurisprudenza italiana viola l'art. 1, primo Prot.

Le sentenze a cui si fa riferimento sono state ampiamente vagliate dalla dottrina italiana¹⁷⁶ e per questo motivo si vuole evitare di fare una disamina dettagliata delle stesse, mentre si cercherà di delineare con chiarezza il ragionamento della Corte, con la dovuta attenzione alla casistica, ma con il primario obiettivo di individuare i profili di illegittimità dell'occupazione

¹⁷⁴ M. L. PADELLETTI, *Protezione della proprietà*, cit., p. 811.

¹⁷⁵ Corte dir. uomo, 24 giugno 1993, *Papamichalopoulos e altri c. Grecia*.

¹⁷⁶ A. BENIGNI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 292; M. CONTICELLI, *L'accessione invertita viola la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, commento a Corte dir. uomo, II sez., 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*, in *Giornale dir. amm.*, 2001, p. 149; R. SABATO, nota a Corte dir. uomo, II sez., 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*, in *Foro it.*, 2001, IV, p. 233; R. DAMONTE, *La corte di Strasburgo «condanna» l'accessione invertita*, in *Riv. giur. Edilizia*, 2000, p. 792; F. G. SCOCA, S. TARULLO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'accessione invertita: verso nuovi scenari*, in *Riv. amm.*, 2000, p. 457.

appropriativa rispetto alla CEDU, soprattutto in vista dell'esame della nuova disciplina normativa introdotta dal legislatore italiano.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dalle ben note sentenze *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*¹⁷⁷ e *Carbonara e Ventura c. Italia*¹⁷⁸, ha stabilito che il principio dell'occupazione appropriativa elaborato dalla giurisprudenza italiana viola l'art. 1, primo Prot., perché incompatibile con il principio di legalità.

Prima di queste pronunce, la Corte aveva già preso in esame la regola dell'occupazione appropriativa nella sentenza *Zubani c. Italia*¹⁷⁹, nella quale sostenne la legittimità dell'istituto sul presupposto che la privazione della proprietà avveniva per cause di pubblica utilità; nel caso di specie si riconobbe la ragionevolezza della scelta di privilegiare l'interesse della collettività e si era individuato nel risarcimento integrale del danno la misura più opportuna per ristorare il privato.

Nelle sentenze *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia* e *Carbonara e Ventura c. Italia* la Corte cambia la sua impostazione, rilevando che l'art. 1, primo Prot., ammette solo l'ingerenza legittima della pubblica autorità nel godimento del diritto di proprietà e che è tale solo l'ingerenza che ha luogo nel rispetto delle condizioni indicate nell'art. 1 medesimo. Per risultare conforme all'art. 1, l'ingerenza deve essere effettuata «per cause di pubblica utilità» e «nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale», inoltre, deve mantenere un «giusto equilibrio tra la necessità dell'interesse

¹⁷⁷ Corte dir. uomo, 20 maggio 2000, nel caso di specie la società Belvedere Alberghiera s.r.l. era proprietaria di un terreno sul quale doveva essere realizzata una strada comunale. Il comune di Monte Argentario infatti aveva approvato il relativo progetto con una delibera comunale e per questo aveva poi adottato un decreto di occupazione d'urgenza. La società Belvedere Alberghiera s.r.l. ricorse al TAR contestando l'illegittimità della delibera. Il TAR successivamente annullò la delibera di approvazione del progetto e tutti gli atti successivi. Non avendo ottenuto la restituzione del fondo, la Belvedere Alberghiera s.r.l. ricorse in ottemperanza, ma, in tale sede, il TAR respinse il ricorso sostenendo l'impossibilità di dare esecuzione alla sentenza perché con la costruzione della strada da parte della pubblica amministrazione si era realizzato il trasferimento del diritto di proprietà del fondo in base al principio dell'occupazione acquisitiva. La posizione del TAR fu poi confermata nella pronuncia del Consiglio di Stato in Adunanza plenaria, il 7 febbraio 1996, n. 1.

¹⁷⁸ Corte dir. uomo, 20 maggio 2000, nel caso di specie i ricorrenti erano proprietari di un suolo occupato dal comune di Noicattaro per la costruzione di un'area di una scuola in costruzione in un terreno limitrofo. A tal fine il comune dispose l'occupazione d'urgenza del fondo per il periodo di due anni, ma i lavori di costruzione terminarono dopo la scadenza dell'occupazione legittima. Poiché il comune non aveva adottato un decreto di esproprio, né aveva disposto un indennizzo a favore dei ricorrenti, questi agirono in giudizio davanti al Tribunale civile per ottenere il risarcimento dei danni. Il Tribunale e la Corte di appello prima, e la Corte di cassazione dopo, dichiararono prescritto il diritto applicando il termine di prescrizione quinquennale sancito dalle sezioni unite nel 1992 con la sentenza n. 12546.

¹⁷⁹ Corte dir. uomo, 16 giugno 1999, *Zubani c. Italia*.

generale della collettività e gli imperativi di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo».

Tuttavia, nell'ipotesi dell'occupazione appropriativa, la Corte ha rilevato che l'ingerenza attuata dalla pubblica amministrazione italiana non rispetti i criteri propri dell'ingerenza legittima.

In entrambe le sentenze, il ragionamento della Corte si fonda sul doveroso rispetto del principio di legalità, da essa espressamente definito come «*uno dei principi cardine di una società democratica*». Detto principio non è inteso dalla Corte in senso formale, ossia come la necessità di un testo normativo che disciplini l'istituto in esame, ma in senso sostanziale, quale principio che dà rilievo alla certezza della regola giuridica applicata¹⁸⁰; pertanto, il principio di legalità può dirsi rispettato solo quando le norme di diritto interno sono «*sufficientemente accessibili, precise e prevedibili*»¹⁸¹.

L'applicazione di queste considerazioni alla regola dell'occupazione appropriativa ha prodotto un risultato devastante per la fattispecie italiana: infatti, la Corte ha accertato che la fattispecie dell'occupazione acquisitiva presenta ben due profili di contrasto con il principio di legalità. In primo luogo, si rileva il fatto che l'evoluzione giurisprudenziale da cui ha origine la fattispecie ha dato luogo ad applicazioni contraddittorie, tali da coniare un istituto il cui risultato applicativo risulta imprevedibile e arbitrario, con l'ulteriore aggravante di privare i proprietari dei beni del diritto alla tutela della proprietà. In secondo luogo, la Corte si dimostra particolarmente critica sulla ammissibilità di una fattispecie che consente alla pubblica amministrazione di acquistare un diritto in seguito ad un'occupazione illegittima.

Nella sua conclusione, la Corte prescinde dalla distinzione tra occupazione appropriativa e occupazione usurpativa, tanto cara alla giurisprudenza italiana, reputando evidentemente entrambe incompatibili con la CEDU.

Appare pacifico che, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, la fattispecie dell'occupazione appropriativa sia il risultato di un comportamento arbitrario della pubblica amministrazione¹⁸², che emerge anche dal fatto che il proprietario non ha diritto di ricevere automaticamente il risarcimento per la lesione subita, essendo invece tenuto ad agire in giudizio entro il termine di cinque anni per ottenere la riparazione della lesione. Questa condizione,

¹⁸⁰ G. MARI, *La Corte di cassazione torna ad occuparsi dell'accessione invertita: breve excursus storico*, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, p. 1205.

¹⁸¹ Corte dir. uomo, 22 settembre 1994, *Hentrich c. France*; Corte dir. uomo, 8 luglio 1986, *Lithgow e altri c. Regno Unito*.

¹⁸² A. BENIGNI, *La Corte europea, cit.*, p. 292.

assolutamente sfavorevole per il privato, viene aggravata dal fatto che non sempre è possibile individuare il momento in cui si verifichi il trasferimento del diritto e, quindi, il momento da cui inizia a decorrere il termine di prescrizione. Su questo rilievo si sofferma la sentenza *Carbonara e Ventura c. Italia*, nella quale la Corte arriva a definire «*inadeguato un sistema che non garantisce al proprietario il riconoscimento automatico del diritto al risarcimento del danno*».

Può osservarsi come, su questo punto, sia palese la contrapposizione tra la giurisprudenza della Corte EDU e la giurisprudenza della Corte costituzionale. Quest'ultima, come si è già avuto modo di rilevare, ha ritenuto che «*la disciplina consequenziale all'estinzione del diritto dominicale per un verso è coerente alla connotazione illecita della vicenda e, per altro verso, rientra nella discrezionalità del legislatore*»¹⁸³.

5.2. La Corte riconosce al proprietario il diritto ristoro integrale del danno.

Proprio perché la fattispecie è lesiva del principio di legalità, la Corte si è posta anche il problema dell'entità della lesione; in realtà, nelle sentenze sopra citate, la Corte non procede alla quantificazione del danno, perché non ritiene le cause mature per la decisione ex art. 41 CEDU¹⁸⁴ e, per questo motivo, rinvia la decisione ad una pronuncia successiva. Nonostante tale riserva, la Corte non si sottrae dal precisare che l'occupazione appropriativa non è equiparabile ad un formale atto di espropriazione reso illegittimo dalla mancanza dell'indennizzo, trattandosi invero di un'occupazione da parte dello Stato rispetto alla quale il proprietario del fondo non ha possibilità di opporsi.

Per questo motivo, secondo la Corte, l'unico risarcimento possibile è la restituzione del fondo al privato e il pagamento di un indennizzo per i danni patrimoniali e morali subiti. In questo modo, la Corte anticipa la soluzione sulla quantificazione del risarcimento che adotterà il 30 ottobre 2003 e l'11 dicembre 2003, rispettivamente per il caso *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia* e *Carbonara e Ventura c. Italia*.

Il ragionamento seguito dalla Corte per definire il procedimento di liquidazione è molto simile nelle due sentenze, nelle quali emerge chiaramente la severità del giudizio della Corte, secondo la quale l'occupazione

¹⁸³ Corte cost., 23 maggio 1995, n. 188.

¹⁸⁴ Art. 41 CEDU prevede che «*Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa*».

appropriativa e l'espropriazione non possono essere poste sullo stesso piano. Tale distinzione rileva anche ai fini del ristoro dovuto al proprietario, giacché è innegabile che la natura illecita dell'occupazione è destinata ad influire sul *quantum* del risarcimento.

Mi sembra che quanto rilevato dalla Corte sia pienamente condivisibile e che, nonostante le ricostruzioni giurisprudenziali, non è opinabile il fatto che l'occupazione appropriativa produca il trasferimento del diritto di proprietà in favore della pubblica amministrazione in contrasto con quanto previsto dalle disposizioni normative.

In merito al tipo di ristoro dovuto al proprietario, la Corte sostiene che debba trovare applicazione il principio della *resitutio in integrum*, sebbene, data la posizione ostile assunta dal Governo italiano, essa prende in considerazione il fatto che la restituzione non sia possibile e individua nell'indennizzo l'alternativa idonea a riparare la violazione. Quest'ultimo, secondo la Corte, deve permettere la totale rimozione della lesione subita dal privato e, per questo, deve «*necessariamente rispecchiare il valore pieno e intero del bene*».

Sicuramente il principio espresso dalla Corte ha un notevole impatto critico nelle scelte operate dal legislatore italiano, nonostante non sia stato in grado di contrapporsi ad esse, non essendo nella competenza della Corte disporre la restituzione del bene al privato. Forse proprio perché consapevole di ciò la Corte ha cura di riconoscere ai ricorrenti un risarcimento tale da garantire loro, per quanto possibile, una soddisfazione equiparabile a quella che avrebbero avuto dal godimento dei beni.

Gli indennizzi quantificati nelle pronunce sono, infatti, assai rilevanti: relativamente al danno patrimoniale, l'indennizzo equivale al valore attuale del fondo maggiorato di una somma per il mancato godimento, calcolata dal momento in cui la pubblica autorità ha preso possesso del fondo; mentre, rispetto al danno morale, la Corte accorda un'ulteriore somma e individua lo stesso nel senso di impotenza e di frustrazione patito dai ricorrenti di fronte allo spossessamento dei propri beni. Con la particolarità degna di nota che nella sentenza *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia* detti danni sono riconosciuti a favore di una persona giuridica.

La Corte EDU si è nuovamente pronunciata sul tema dell'indennizzo nel caso *Scordino c. Italia*¹⁸⁵. In questa pronuncia, la Corte ha affermato che un indennizzo inferire al valore venale del bene costituisce un pregiudizio eccessivo per il proprietario. Le modalità dell'indennizzo vengono quindi prese

¹⁸⁵ Corte dir. uomo, 29 marzo 2006.

in considerazione al fine di accertare se sussiste l'equilibrio tra il sacrificio del privato e l'interesse pubblico della collettività.

Anche se la sentenza ha ad oggetto un caso di espropriazione, questa decisione è indubbiamente rilevante anche rispetto al tema dell'entità dell'indennizzo nell'ipotesi di occupazione appropriativa.

Dopo aver stabilito che solo una somma pari al valore venale del bene può essere definita un equo indennizzo, la Corte precisa che l'art. 1, primo Prot., non prevede che l'indennizzo debba essere integrale. Si ammette, quindi, che in casi particolari la somma dell'indennizzo possa essere inferiore al valore venale del bene; i quali, vengono individuati negli scopi di pubblica utilità perseguiti nell'ambito di riforme generali di natura economica o sociale. Pertanto la Corte distingue l'ipotesi dell'espropriazione del singolo terreno dall'espropriazione collettiva, rispetto ai quali, solo nel primo caso l'indennizzo equo è quello corrispondente al valore venale del bene.

5.3. Le reazioni alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nelle sue pronunce, la Corte europea dei diritti dell'uomo afferma che la regola dell'accessione invertita coniata dalla giurisprudenza italiana è contraria all'art. 1, primo Prot., CEDU. Queste pronunce irrompono nell'ordinamento italiano in un momento in cui si è consolidata l'idea che l'istituto dell'occupazione appropriativa costituisce un nuovo modo di acquisto della proprietà da parte della pubblica amministrazione. Infatti, grazie alla Corte di Cassazione, la regola dell'occupazione appropriativa si salda al punto da essere continuamente applicata dalla giurisprudenza di legittimità e di merito; inoltre, la Corte costituzionale ha sostanzialmente salvato l'istituto, avvalorando la soluzione della prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato.

Non si può però trascurare che, nonostante l'impostazione dalla giurisprudenza, la dottrina ha manifestato diverse riserve sull'occupazione appropriativa, concentrando le sue doglianze su due argomenti in particolare: il fatto che l'istituto consente alla pubblica amministrazione di acquistare un diritto di proprietà in seguito ad un comportamento illecito ed il fatto che la regola dell'occupazione appropriativa si ponga in contrasto con il principio di tipicità dei modi di acquisto della proprietà¹⁸⁶.

¹⁸⁶ M. ANNUNZIATA, *Dubbi e incertezze sull'assetto della proprietà nell'occupazione seguita dalla costruzione di opere pubbliche*, in *Giur. civ.*, 1987, I, p. 822; G. CAROTENUTO, *L'opera pubblica su suolo privato. Una soluzione che lascia perplessi*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1741; R. MASTROCINQUE, *Il potere e il diritto*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1737; M. COMPORTI, *Dalla occupazione illegittima di immobili da parte della pubblica amministrazione alla «occupazione appropriativa»*, in *Riv. giur. ed.*, 1985, II, 3.

Questa stessa dottrina ha visto nelle le sentenze della Corte EDU l'evento destinato a segnare il cambio di passo tanto invocato a tutela del diritto di proprietà¹⁸⁷, le decisioni della Corte, infatti, censurando i comportamenti concreti della pubblica amministrazione, condannano un intero sistema che ha la sua fonte nel diritto vivente¹⁸⁸.

D'altra parte, la posizione della Corte è precisa: il comportamento della pubblica amministrazione non è disciplinato da una legge chiara, precisa e dagli effetti prevedibili e, per questo, è in contrasto con il principio di legalità sancito nell'art. 1, primo Prot. CEDU.

Le decisioni della Corte di Strasburgo, secondo la dottrina, decretano l'inevitabile superamento dell'istituto dell'occupazione appropriativa e, allo stesso tempo, «*aprono la strada al riconoscimento di una tutela più ampia del diritto di proprietà nei confronti dell'esercizio dei pubblici poteri*»¹⁸⁹.

Le riflessioni della dottrina si sono poi soffermate sulla necessità che i principi sanciti nelle sentenze della Corte di Strasburgo siano importati nell'ordinamento interno, dato che le sentenze della Corte EDU hanno efficacia *inter partes* e non sono idonee ad abrogare le disposizioni di diritto interno in contrasto con le norme CEDU; a tal fine, la dottrina ha da tempo auspicato un intervento legislativo che disciplini la fattispecie ed elimini i contrasti tra il diritto interno e la CEDU.

Il primo obiettivo è stato indubbiamente raggiunto con l'entrata in vigore del Testo unico in materia di espropriazione, D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, che ha dettato la disciplina giuridica delle occupazioni in assenza di un valido provvedimento ablatorio. Non è però del tutto pacifico se la nuova disciplina sia compatibile con i principi CEDU e con i valori costituzionali.

5.4. La giurisprudenza successiva alle sentenze della Corte di Strasburgo.

Decisamente diversa, e degna di nota, è la reazione della giurisprudenza nazionale alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, in quanto il giudice nazionale ha sostanzialmente preservato l'istituto dell'occupazione appropriativa, riconoscendone la legittimità.

¹⁸⁷ R. CONTI, *Prescrizione ed occupazione appropriativa dopo Strasburgo*, commento a TAR Puglia, 11 gennaio 2002, n. 167, in *Urb. app.*, 2002, p. 711; M. CONTICELLI, *L'accessione invertita viola la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, commento a Corte dir. uomo, II sez., 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*, in *Giornale dir. amm.*, 2001, p. 149; A. BENIGNI, *La Corte europea*, cit., p. 292; F. G. SCOCA e S. TARULLO, *La Corte europea*, cit., p. 457.

¹⁸⁸ R. CONTI, *Prescrizione ed occupazione*, cit., p. 711.

¹⁸⁹ M. CONTICELLI, *L'accessione invertita*, cit., p. 149.

La posizione della giurisprudenza ha risentito del fatto che le decisioni della Corte EDU si scontrano con un istituto che da anni viene applicato dai giudici nazionali e che, sempre da anni, ha l'approvazione della giurisprudenza di legittimità. Ciò nonostante, la scelta della giurisprudenza di confermare la legittimità dell'istituto non può dirsi una decisione scontata né tanto meno semplice.

I possibili problemi derivanti dall'impatto delle sentenze della Corte EDU erano assai note alla giurisprudenza di legittimità¹⁹⁰ e alla giurisprudenza amministrativa¹⁹¹. Entrambe, infatti, si sono interrogate sulla sorte dell'istituto, consapevoli della minaccia che dette sentenze costituivano per la sopravvivenza dell'occupazione appropriativa.

I dubbi al riguardo derivavano dalla efficacia immediata riconosciuta alla CEDU ed ai suoi Protocolli nel nostro ordinamento da parte della giurisprudenza.

Sul punto, la giurisprudenza nazionale ha subito una significativa evoluzione; inizialmente essa aveva accolto una concezione restrittiva secondo cui le disposizioni CEDU avevano una natura meramente programmatica¹⁹², successivamente questa posizione è stata superata in favore di un diverso orientamento, oggi prevalente, secondo il quale le norme CEDU sono «*fonti di diritti ed obblighi*» per gli Stati contraenti¹⁹³.

Riconoscere l'efficacia immediata delle norme CEDU nel nostro ordinamento (anche solo ai fini interpretativi) e, quindi, anche all'art. 1, primo Prot., significa avvalorare l'orientamento che sostiene l'illegittimità dell'occupazione acquisitiva. Pertanto, l'ovvia conseguenza alle sentenze della Corte EDU, alla luce dell'indirizzo giurisprudenziale prevalente, sarebbe dovuta essere la soppressione immediata dell'occupazione appropriativa dal nostro ordinamento, invece il legislatore ha deciso di disciplinare un nuovo istituto destinato, almeno nelle sue intenzioni, a risolvere i dubbi sollevati dalla dottrina

¹⁹⁰ Cass. Ordinanza 20 giugno 2001, n. 8444; Cass. Ordinanza 20 giugno 2001, n. 8446.

¹⁹¹ Cons. di Stato, Ad. Plen., parere 9 aprile 2003, n. 1926/2002.

¹⁹² Cass. pen. sez. I, n. 616 e n. 1770 del 1983; Cass. Pen., n. 2770 del 1984; Cass. Pen., sez. II, n. 10683 del 1989.

¹⁹³ Cass., sez. I, 8 luglio 1998, n. 6672. Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10 affermando che le norme CEDU «sono state introdotte nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione e sono tuttora vigenti, non potendo, certo, esser considerate abrogate dalle successive disposizioni (del codice di procedura penale), (...) perché si tratta di norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria»; in tal modo la Corte ha riconosciuto efficacia precettiva alle interpretazioni delle norme CEDU.

e dalla giurisprudenza sulla compatibilità dell'occupazione appropriativa con la CEDU¹⁹⁴.

Una conferma a quanto appena prospettato è stata data dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione che, chiamate a pronunciarsi sull'annoso problema della prescrizione dell'occupazione acquisitiva, hanno sostenuto la compatibilità dell'istituto con l'art. 1, primo Prot., CEDU, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁹⁵. Queste ultime, hanno, infatti, sostenuto che la disciplina dell'occupazione acquisitiva si basava «*su regole sufficientemente chiare, precise e prevedibili, ancorate a norme giuridiche che hanno superato positivamente il vaglio di costituzionalità ed hanno recepito (confermandoli) i principi enucleati dalla giurisprudenza, che può definirsi costante*». A questa pronuncia sono poi seguite altre due sentenze delle Sezioni unite, dal contenuto analogo¹⁹⁶.

Non si pensa di esagerare nel dire che la giurisprudenza italiana ha sistematicamente eluso le decisioni della Corte EDU in materia di occupazione appropriativa; nelle diverse pronunce infatti, le Sezioni unite richiamano le decisioni della Corte EDU, ne condividono i principi, ma ne ridimensionano la portata applicativa.

Le pronunce delle Sezioni unite sono state aspramente criticate dalla dottrina. Le motivazioni edotte per sfuggire alle sentenze della Corte EDU non hanno convinto coloro che hanno visto nelle stesse una critica all'elaborazione giurisprudenziale che consente alla pubblica amministrazione di acquistare un diritto di proprietà da una comportamento illegale¹⁹⁷. Nelle sue decisioni la Corte EDU ha, infatti, significativamente e ripetutamente affermato che l'art. 1, primo Prot., esige che l'ingerenza dell'autorità nei beni privati sia *legale*.

¹⁹⁴ Cons. di Stato, Ad. Plen., parere 9 aprile 2003, n. 1926/2002.

¹⁹⁵ Sez. Un., 14 aprile 2003, n. 5902, in *Riv. giur. edilizia*, I, 2003, p. 1190.

¹⁹⁶ Sez. Un., 6 maggio 2003, n. 6853, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, I, p. 554; Sez. Un., 15 maggio 2003, n. 7504, in *Giust. civ. mass.*, 2003.

¹⁹⁷ R. CONTI, *Prescrizione ed occupazione*, cit., p. 250; G. MARI, *La Corte di cassazione torna ad occuparsi dell'accessione invertita: breve excursus storico*, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, p. 1205.

CAPITOLO III

La disciplina dell'occupazione sanante nel testo unico in materia di espropriazione

1. Premessa.

Dopo le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, si è avvertita la necessità di rivedere l'istituto dell'occupazione appropriativa, essendo ormai pacifico che l'affermazione del principio di legalità, quale parametro primario per il legittimo esercizio del potere ablatorio, non può convivere con i comportamenti arbitrari della pubblica amministrazione, alla quale non basta fare appello alle esigenze di interesse pubblico per legittimare l'istituto *de quo*.

Le pronunce della Corte di Strasburgo non sono enunciazioni formali prive di riscontro nella pratica, ma la censura a comportamenti concreti che hanno risvolti nella realtà, per lo più lesivi per il privato proprietario, pertanto, l'unico modo possibile per superare il contrasto con la CEDU è l'introduzione di una disciplina interna che risolva due annosi problemi ereditati dalla regola pretoria: la legittimazione dei comportamenti illegittimi della pubblica amministrazione e la iniqua compressione del diritto di proprietà.

La presa di posizione della Corte di Strasburgo ha suscitato l'intervento del legislatore italiano, il quale, con l'art. 43, D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità, da ora in poi T.u. espr.), ha dettato una disciplina sulle «*utilizzazioni senza titolo di un bene per scopi di pubblico interesse*», meglio nota come occupazione acquisitiva o acquisizione sanante.

La norma è la risposta *positiva* del legislatore italiano alle censure della Corte EDU, infatti, la disposizione, nel prevedere una disciplina organica sull'occupazione acquisitiva, si pone il chiaro obiettivo di superare i contrasti con l'art. 1, primo Prot., CEDU. Sembra evidente che il legislatore, con la redazione dell'art. 43 Tu espr., abbia cercato di eliminare la cronica situazione di incertezza creata dalle contraddittorie applicazioni derivanti dalla regola di origine giurisprudenziale; altra questione è se esso sia riuscito a raggiungere il suo obiettivo.

In questo capitolo verrà esaminata la nuova fattispecie introdotta con l'art. 43, della quale si analizzerà la storia e disciplina. Si studierà la storia dell'istituto perché, sebbene l'acquisizione sanante sia una fattispecie di nuova introduzione, ha vissuto un presente travagliato, segnato da una pronuncia di incostituzionalità, alla quale ha fatto seguito una nuova disciplina introdotta nel

testo unico nel 2011 con l'art. 42 *bis*; inoltre, si analizzerà la sua disciplina, perché l'esame della fattispecie ci sarà di aiuto per capire se essa sia espressione di potere espropriativo e dello stesso mutui le regole.

Quest'ultimo aspetto verrà approfondito nel prossimo capitolo, nel quale si affronterà il connesso problema del procedimento per giungere all'adozione dell'atto di acquisizione, perché, sebbene l'occupazione acquisitiva sia una fattispecie caratterizzata dalla patologia del procedimento, è inammissibile pensare che essa trovi applicazione prescindendo del tutto dal rispetto dei principi del giusto procedimento.

Una volta ricostruito il quadro normativo dell'occupazione acquisitiva, sarà quindi possibile affrontare l'annoso problema della tutela del privato, interrogandoci sulla compatibilità del nuovo istituto con il primo Protocollo CEDU e sulla necessità che la pubblica amministrazione rispetti, anche in questa sede, le regole del giusto procedimento per non incorrere comunque in responsabilità.

2. L'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico: profili generali dell'occupazione acquisitiva.

Come affermato dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato, il potere acquisitivo disciplinato nel testo unico è stato attribuito alla pubblica amministrazione al fine di adeguare l'ordinamento italiano alla CEDU¹⁹⁸, nonché per evitare che l'Italia subisse ulteriori condanne da parte della Corte EDU, che avrebbero comportato un costo significativo per lo Stato¹⁹⁹.

Per questi motivi il legislatore ha disciplinato un istituto destinato a regolare il fenomeno delle c.d. «*occupazioni illegittime*» e lo ha fatto in occasione della redazione del nuovo testo unico in materia di espropriazione: l'art. 7, comma 2, della legge 8 marzo 1999, n. 50 (poi modificata dall'art. 1, comma 6, lett. e), l. 24 novembre 2000, n. 340) ha dato delega al Governo per il riordino delle norme in materia di espropriazione per pubblica utilità e la contestuale emanazione di un testo unico; non stupisce che il legislatore abbia colto questa

¹⁹⁸ Cons. di Stato, Ad. Gen., parere 29 marzo 2001, n. 4.

Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2, ha affermato che «*Nell'ambito del nostro ordinamento le idee affermate dalla Corte dei diritti dell'uomo hanno trovato attuazione nella disciplina alla quale si è dato vita con il D.P.R. 327/01 (Tu sulle espropriazioni)*».

¹⁹⁹ F. CARINGELLA, M. DE PALMA, *Potere espropriativo e proprietà privata. I nuovi confini dell'espropriazione per pubblica utilità alla luce del testo unico*, 2005, p. 261; R. CONTI, *Restituzione del bene trasformato nei casi di occupazione usurpativa. Revirement del Consiglio di Stato*, commento a Cons. di Stato Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2, in *Urb. app.*, 2005, 7, p. 809.

occasione per introdurre il nuovo istituto, in quanto da tempo la dottrina ha ricondotto l'occupazione appropriativa tra le ablazioni reali²⁰⁰.

Con l'occupazione sanante la pubblica amministrazione può adottare un provvedimento di acquisizione di un bene del privato, da lei utilizzato per scopi di pubblico interesse in assenza di un decreto di espropriazione o di una dichiarazione di pubblica utilità, riconoscendo al privato il risarcimento del danno; l'istituto, di fatto, realizza la sanatoria dell'occupazione illegittima del suolo privato per mano della pubblica amministrazione²⁰¹.

3. L'art. 43 Tu espropriazione. L'occupazione sanante «amministrativa».

L'art. 43 T.u. espr., disciplinando l'«Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico», ha attribuito alla pubblica amministrazione il potere di adottare un provvedimento amministrativo di acquisizione di un bene immobile al patrimonio indisponibile dello Stato, con riconoscimento al proprietario del diritto al risarcimento del danno.

Nella disciplina contenuta nell'art. 43, la dottrina aveva individuato due diverse ipotesi di acquisizione sanante: l'acquisizione sanante c.d. «amministrativa» e l'acquisizione sanante c.d. «giudiziale». La prima era disciplinata nei commi 1 e 2 dell'art. 43 e si caratterizzava per il fatto che l'acquisizione dell'immobile da parte della pubblica amministrazione avveniva mediante l'adozione di un provvedimento, previa valutazione degli interessi in conflitto; il comma 2 dell'art. 43 elencava, inoltre, il contenuto e gli effetti del provvedimento di acquisizione sanante.

La nuova fattispecie aveva caratteri assai diversi rispetto a quelli che

²⁰⁰ S. SALVAGO, *Occupazione acquisitiva nelle espropriazioni per pubblica utilità*, Milano, 1997, p. 103; V. CARBONE, *Alla P. A. basta «costruire» per acquistare legittimamente il suolo?*, in *Corriere giur.*, 1985, p. 100; M. COMPORTI, *Dalla occupazione illegittima di immobili da parte della pubblica amministrazione alla «occupazione appropriativa»*, in *Riv. giur. edilizia*, 1985, II, 3; MASTROCINQUE R., *Il potere e il diritto*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1737; I. CACCIAVILLANI, *Occupazione d'urgenza, occupazione acquisitiva e tutela del possesso nei confronti della p. a.*, in *Giust. civ.*, 1984, 2829; A. NATUCCI, *Occupazione espropriativa e tipicità dei modi di acquisto della proprietà nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 255; ANNUNZIATA M., *Brevi note sugli aspetti pubblicistici della decisione in tema di danni da occupazione illegittima*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1740; *id.*, *Un nuovo modo di acquisto*, *Giur. it.*, 1983, I, 1629.

²⁰¹ Cons. di Stato, Ad. Gen., parere 29 marzo 2001, n. 4, ha riconosciuto che con l'art. 43 «si introduce nel sistema un istituto che consenta all'amministrazione di acquisire, mediante un titolo giuridico, l'opera pubblica in un primo tempo realizzata in assenza del valido decreto d'esproprio: l'illecito aquiliano (che si ha nel caso di occupazione senza titolo) viene meno al momento dell'emanazione dell'atto di acquisizione».

qualificarono l'occupazione appropriativa, in particolare, l'occupazione sanante si distingueva per tre rilevanti aspetti, il primo dei quali atteneva al fatto che la norma condizionava il trasferimento della proprietà in capo alla pubblica amministrazione alla sussistenza di un valido titolo previsto dalla legge²⁰².

Questo aspetto era una delle più significative novità che connotarono l'istituto, soprattutto perché segnava una palese rottura con il passato; mentre l'elemento centrale dell'occupazione appropriativa era la radicale trasformazione del suolo, tanto che la giurisprudenza arrivò a sostenere che una volta realizzata la trasformazione l'acquisto della proprietà era automatico, nella nuova fattispecie il trasferimento del diritto dominicale era invece subordinato all'adozione di un valido provvedimento amministrativo.

Altro aspetto degno di nota è che nella nuova fattispecie il provvedimento di acquisizione veniva adottato previa valutazione degli interessi in conflitto, pertanto, si trattava di un provvedimento avente natura discrezionale. Nella previsione dell'art. 43, l'esercizio del potere valutativo dell'autorità pubblica assurgeva a presupposto per l'adozione del provvedimento di acquisizione; ciò significava che la pubblica amministrazione adottava il provvedimento qualora ritenesse prevalente l'interesse pubblico alla conservazione dell'opera rispetto all'interesse privato contrapposto²⁰³.

Un'altra peculiarità della nuova fattispecie era da rinvenirsi nel fatto che il meccanismo acquisitivo operava prescindendo dalla dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, l'art. 43 T.u. espr., comma 1, infatti, precisava che, ai fini dell'adozione del provvedimento, l'utilizzazione riguardava gli immobili modificati in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità.

Con questa previsione il legislatore abbandonava definitivamente la distinzione tra occupazione appropriativa e occupazione usurpativa²⁰⁴, sottoponendo entrambe le fattispecie alla disciplina dell'art. 43, il quale nel comma 2, precisava che l'amministrazione poteva adottare l'atto di acquisizione *«anche quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di*

²⁰² Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2.

²⁰³ Tanto è vero che, sebbene la norma richiedeva la modifica del bene immobile, questa non poteva considerarsi il nucleo della disciplina prevista nell'art. 43.

²⁰⁴ G. MARI, *La Corte di cassazione torna ad occuparsi dell'accessione invertita: breve excursus storico*, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, p. 1205; R. RAVASIO, *L'«acquisizione sanante» ovvero un rimedio emergenziale da utilizzare cum grano salis*, in *Giur. merito*, 2009, p. 3122; F. REGA, *Forme (vecchie e nuove) di acquisizione al patrimonio indisponibile di beni privati utilizzati per scopi di interesse pubblico, nota a TAR Catania Sicilia, sez. III, 19 agosto 2011, n. 2102*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 244.

un'opera o il decreto di esproprio».

Per quanto riguarda il ristoro spettante al privato proprietario, l'art. 43 lo qualificava in termini di risarcimento del danno, pertanto nella visione del legislatore la fattispecie era qualificata ancora un volta come un fatto illecito. In questi termini si è espresso anche il Consiglio di Stato nel parere n. 4 del 2001, nel quale ha affermato che, per effetto dell'introduzione del nuovo istituto, «l'illecito acquiliano (che si ha nel caso di occupazione senza titolo) viene meno al momento dell'emanazione dell'atto di acquisizione».

L'art. 43, comma 6, nell'indicare i criteri per la liquidazione del danno, prevedeva il principio dell'integrale risarcimento e del pagamento degli interessi moratori per il periodo di occupazione senza titolo, facendo salvi i diversi casi previsti dalla legge. In merito a quest'ultima parte, la dottrina era giunta alla conclusione che la disposizione poteva legittimare interventi legislativi finalizzati a stabilire una misura inferiore del risarcimento del danno, ad esempio, per ragioni di finanza pubblica²⁰⁵.

Correttamente la dottrina rilevò che la disposizione era ben lontana dai criteri previsti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Scordino c. Italia*, nella quale il giusto ristoro è stato identificato nella *restitutio ad integrum*, relegando invece il risarcimento del danno a strumento secondario²⁰⁶. Non è, quindi, pienamente condivisibile la critica fatta dal Consiglio di Stato nel parere n. 9 del 2003, nel quale si è rilevato che, dall'applicazione della clausola di salvaguardia prevista nella prima parte del comma 6 dell'art. 43, vi sarebbe stata la possibilità per lo Stato di subire nuove condanne da parte della Corte di Strasburgo, per evitare le quali si suggeriva un intervento legislativo che adeguasse la legislazione nazionale alle sentenze della Corte EDU.

In realtà, tale adeguamento avrebbe richiesto un sforzo in più da parte del legislatore, perché seppure si fosse eliminata la norma che consentiva di determinare il risarcimento del danno nella somma inferiore al valore integrale del bene, comunque la scelta del risarcimento come strumento di ristoro continuava ad essere in contrasto con i principi sanciti dalla sentenza *Scordino c. Italia*, nella quale si evince chiaramente che l'unico criterio idoneo a eliminare i pregiudizi subiti dal privato dalle occupazioni illegittime è il principio della

²⁰⁵ L. MARUOTTI, *Commento all'art. 43*, in *L'espropriazione per pubblica utilità. Commento al testo unico emanato con il decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327*, a cura di F. CARINGELLA, G. DE MARZO, R. DE NICTOLIS, L. MARUOTTI, Milano, 2002, p. 532.

²⁰⁶ G. CARLOTTI, *La breve parabola dell'art. 43 del testo unico delle espropriazioni: quale futuro per l'acquisizione sanante?*, in *Giur. it.*, p. 939.

*restitutio ad integrum*²⁰⁷.

3.1. L'occupazione sanante «giudiziale».

Come anticipato, l'art. 43 contemplava una seconda ipotesi di acquisizione, che trovava applicazione nei casi in cui era stato già impugnato un atto conclusivo di una delle fasi del procedimento espropriativo, oppure era stata esercitata un'azione giudiziale volta alla restituzione del bene. In questi casi, la pubblica amministrazione interessata o utilizzatrice del bene poteva chiedere al giudice amministrativo, qualora la domanda del ricorrente fosse fondata, di essere condannata al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene; sul piano processuale, la domanda della pubblica amministrazione configurava una domanda riconvenzionale²⁰⁸.

In sede di giudizio, il giudice, al fine di decidere se accogliere o meno la domanda dell'amministrazione, doveva procedere alla comparazione degli interessi coinvolti nella controversia e decidere quale interesse fosse meritevole di tutela nel caso concreto: l'interesse alla restituzione dell'immobile vantato dal proprietario oppure l'interesse alla conservazione all'utilizzo del bene vantato dall'amministrazione. Nell'ipotesi in cui il giudice avesse escluso la restituzione del bene e disposto il risarcimento del danno, accogliendo la domanda riconvenzionale, il comma 4 dell'art. 43 prevedeva che l'amministrazione dovesse emanare l'atto di acquisizione. Pertanto l'atto di acquisizione non era la sentenza del giudice amministrativo, essendo comunque necessario che l'amministrazione adottasse un provvedimento amministrativo per l'acquisto del diritto di proprietà.

In merito alla possibilità per l'amministrazione di proporre l'istanza in sede di ottemperanza, la giurisprudenza si era divisa in due diversi orientamenti. Secondo un orientamento, nel silenzio della legge, l'istanza non poteva ammettersi anche in sede di ottemperanza; di opposto avviso altro orientamento, secondo il quale detta istanza era considerata ammissibile²⁰⁹.

²⁰⁷ Corte dir. uomo, 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia*.

²⁰⁸ L. MARUOTTI, *Commento all'art. 43, cit.*, p. 532; R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e diritti umani*, Milano, 2006, p. 619; BORGO M., MORELLI M., *L'acquisizione e l'utilizzo di immobili da parte della P.A.*, Milano, 2012, p. 236; F. CARINGELLA, M. DE PALMA, *Potere espropriativo e proprietà privata, cit.*, p. 292.

²⁰⁹ Cons. di Stato, sez. VI, 8 maggio 2009, n. 2860, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, V, p. 1342; TAR Sicilia, Catania, sez. II, 30 giugno 2009, n. 1206, in *Foro amm. TAR*, 2009, 6, p. 1910.

3.2. La retroattività dell'acquisizione sanante.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione del testo unico in materia di espropriazioni, e quindi anche dell'art. 43, l'art. 57 dispone che le relative disposizioni «*non si applicano ai progetti per i quali, alla data di entrata in vigore dello stesso decreto, sia intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità*». Dalla lettera della norma non sembrano sorgere dubbi sul fatto che, con la sopra indicata disposizione, il legislatore abbia voluto circoscrivere *pro futuro* l'ambito di applicazione delle norme contenute nel testo unico²¹⁰.

A maggior ragione se si considera che l'art. 57, nella sua formulazione originaria, aveva previsto l'applicazione delle norme del testo unico ai procedimenti in corso, «*anche se è stato già apposto su un bene un vincolo preordinato all'esproprio, ovvero se già vi è stata la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, per le fasi procedurali non ancora concluse*».

La norma, sebbene chiara, presentava una grave carenza, non avendo specificato quando una fase procedimentale potesse dirsi conclusa²¹¹. È possibile che il problema non si pose in termini significativi al legislatore del testo unico, considerando che questo non avrebbe dovuto avere contenuti innovativi, ma limitarsi a coordinare le diverse legislazioni vigenti in materia di espropriazione.

Il testo unico, invero, si è caratterizzato per la presenza di norme dal contenuto innovativo, tra le quali la fattispecie disciplinata nell'art. 43 è sicuramente quella più rappresentativa, in quanto è una disposizione inedita per l'ordinamento giuridico; per questi motivi, l'art. 57 è stato modificato con l'art. 1, d. lgs. 27 dicembre 2002, n. 302.

Il nuovo art. 57, come detto, dispone che le norme del testo unico non si applichino ai procedimenti che alla data della sua entrata in vigore, ossia al 30 giugno 2003, sia già intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità.

Data la novità normativa, e nonostante la chiara lettera della norma, si è posto il problema della applicabilità retroattiva dell'art. 43 ai procedimenti per i quali la dichiarazione di pubblica utilità era intervenuta alla data dell'entrata in vigore del testo unico; sul punto la giurisprudenza era nettamente divisa.

La teoria della irretroattività della disposizione è stata sostenuta dalla

²¹⁰ R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva*, cit., p. 619; BORGIO M., MORELLI M., *L'acquisizione e l'utilizzo di immobili*, cit., p. 245.

²¹¹ G. DE MARZO, *Commento all'art. 57*, in *L'espropriazione per pubblica utilità. Commento al testo unico emanato con il decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327*, a cura di F. CARINGELLA, G. DE MARZO, R. DE NICTOLIS, L. MARUOTTI, Milano, 2002, p. 782.

giurisprudenza di legittimità²¹², sulla base del combinato disposto tra l'art. 57 e l'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile che, come noto, prevede il principio della interpretazione letterale della legge. La giurisprudenza della Cassazione ha pertanto dedotto che il dato temporale previsto nell'art. 57 fosse l'unico criterio utilizzabile per circoscrivere l'ambito di applicazione del testo unico e, quindi, che, qualora alla data del 30 giugno 2003 fosse già intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità, i relativi procedimenti non erano soggetti alla disciplina del testo unico, compreso l'art. 43.

A questa teoria si è contrapposta quella sostenuta dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, la quale ha ammesso l'applicazione retroattiva della disposizione, sostenendo la non applicabilità dell'art. 57 all'art. 43.

Rispetto a questa giurisprudenza si devono però distinguere due diversi tipi di pronunce: in alcune pronunce questa giurisprudenza ha potuto concludere nel senso della retroattività della disposizione sostenendo la natura processuale della norma in questione, ma in questi casi si faceva riferimento esclusivamente alle ipotesi di acquisizione sanante giudiziale prevista nel comma 3 dell'art. 43²¹³; in altre pronunce, la giurisprudenza amministrativa, prescindendo dalla qualificazione della norma, ha invece sostenuto che l'art. 43 doveva trovare applicazione anche nei casi in cui la dichiarazione di pubblica utilità fosse già intervenuta alla data di entrata in vigore del testo unico.

La teoria della giurisprudenza amministrativa faceva leva soprattutto sulla necessità di individuare una regola che trovasse applicazione anche per le fattispecie pregresse, le quali altrimenti sarebbero rimaste prive di disciplina giuridica, considerando che ormai la regola dell'occupazione appropriativa non era più utilizzabile²¹⁴.

²¹² Sez. Un. 30 maggio 2005, n. n. 11336 e 11338; Cass. 15 settembre 2005, n. 18239, in *Corr. giur.*, 2006, p. 809; Cass., sez. I, 8 maggio 2004, n. 8777, in *Sett. giur.*, 2004, p. 1488; Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26732, in *Nuova giur. civ.*, 2008, p. 861.

²¹³ TAR, Calabria, Reggio Calabria, 20 aprile 2005, n. 358; TAR Toscana, Firenze, sez. III, 11 giugno 2004, n. 2066.

²¹⁴ Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2, ove si precisava «*Nella presente fattispecie si tratta, infatti, non già di stabilire qual è la normativa che disciplina una procedura espropriativa in itinere (la vicenda presa in considerazione dall'articolo 57 legge 127/01 nel nuovo testo di cui all'articolo 5 della legge 166/02) ma solo di decidere - dopo l'annullamento passato in giudicato dalla precedente procedura (tutta svoltasi sotto l'impero della precedente disciplina) - quale sorte vada riservata ad una res "modificata", come nella specie, dalla amministrazione, restata senza titolo nelle mani di quest'ultima dopo l'annullamento degli atti della procedura espropriativa.*

Non trattandosi di vicenda riconducibile sotto la norma transitoria avanti ricordata è evidente che non può non trovare applicazione nella specie la disposizione dell'articolo 43 che consente, in caso di apprensione e modifica di res sine titolo o con titolo annullato, la possibilità di neutralizzare la domanda di restituzione della parte interessata solo con l'adozione di un atto formale preordinato all'acquisizione del bene (con corresponsione di quanto spettante a titolo risarcitorio) o la speciale domanda

Come ha correttamente osservato la dottrina²¹⁵, dalla interpretazione sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità è emersa una lacuna nella disciplina del testo unico, infatti, se ai sensi dell'art. 57 non poteva applicarsi la disciplina dell'art. 43 alle occupazioni illegittime rispetto alle quali la dichiarazione di pubblica utilità era intervenuta prima dell'entrata in vigore del testo unico, si poneva il problema di quale fosse la disciplina da applicare in questi casi, considerando che la lacuna non poteva essere colmata riesumando la regola dell'occupazione acquisitiva senza riaccendere il contrasto con la Corte EDU²¹⁶.

3.3. Le reazioni alla novità normativa.

Nonostante l'entusiasmo mostrato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 2 del 2005²¹⁷, sia la dottrina che la giurisprudenza avevano manifestato seri dubbi sulla compatibilità dell'occupazione acquisitiva con la Costituzione e con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Da prima, invero, la giurisprudenza aveva sostenuto la legittimità costituzionale della disciplina prevista nell'art. 43 e la sua conformità ai principi sanciti dalla CEDU²¹⁸.

Rispetto ai giudizi positivi emersi in giurisprudenza, la dottrina praticamente unanime aveva rilevato le anomalie di un istituto che continuava a privilegiare la posizione della pubblica amministrazione²¹⁹. Sebbene si riconosceva al legislatore il merito di aver introdotto una disciplina normativa delle occupazioni

giudiziale formulata nel processo di cui è parola nello stesso articolo 43».

²¹⁵ P. NASINI, *Le Sezioni Unite intervengono sull'ambito di applicazione dell'art. 43 d.p.r. 6 giugno 2001, n. 327: problemi di giurisdizione e procedurali, nota a sentenza Corte di cassazione civile, sezioni unite, 19 dicembre 2007, n. 26732*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 867.

²¹⁶ S. SALVAGO, *(Prima) Declaratoria di incostituzionalità per la c.d. «acquisizione (coattiva) sanante»*, in *Giust. civ.*, 2011, II, p. 305.

²¹⁷ Nella citata sentenza, il Giudice amministrativo ha sostenuto che «nell'ambito del nostro ordinamento le idee affermate dalla Corte dei diritti dell'uomo hanno trovato attuazione nella disciplina alla quale si è dato vita con il d.p.r. 327 del 2001».

²¹⁸ Cons. di Stato, sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 303, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 934; Cons. di Stato, sez. IV, 30 dicembre 2008, n. 6636, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, p. 295.

²¹⁹ G. MARI, *La Corte di cassazione, cit.*, p. 1205; S. BENINI, *L'occupazione appropriativa è proprio da epurare?*, in *Foro it.*, 2002, I, p. 2591; G. MONTEDORO, *L'occupazione appropriativa dopo il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 327*, in *Urb. app.*, 2001, II, p. 1171; P. PIRUCCIO, *Acquisizione coattiva «sanante» ex art. 43 T.U. sulle espropriazioni come unico rimedio per evitare la restituzione del fondo irreversibilmente trasformato: la sua applicabilità temporale e corretta interpretazione dell'art. 57 T.U.*, in *Giur. amm.*, 2007, 11, p. 3003; G. LEONE, *Un nuovo modo di acquisto della proprietà: l'atto di acquisizione in assenza del valido provvedimento ablatorio (art. 43 T.U. 8 giugno 2001 n. 327, delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità)*, in *Riv. giur. edilizia*, 2001, II, p. 237; C. VARRONE, *«Occupazione acquisitiva» o «accessione invertita»: analisi critica e sviluppi normativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 518.

illegittime della pubblica amministrazione, si rilevò come la norma delineava un meccanismo finalizzato ad adeguare una situazione di diritto ad una di fatto, in modo da legittimare i comportamenti illeciti della pubblica autorità²²⁰.

La disposizione, nel permettere all'amministrazione di acquisire un immobile prescindendo dalla disciplina vigente in materia di procedimento espropriativo, violava, secondo questa dottrina, gli artt. 42, 97 e 113 Cost..

Uno dei aspetti maggiormente criticati era la possibilità, riconosciuta nell'art. 43, che l'atto di acquisizione venisse adottato in assenza di una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera o di un decreto di esproprio, nonché quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio o l'atto dichiarativo della pubblica utilità.

Secondo la dottrina, la previsione si poneva in contrasto con l'art. 42 Cost., perché, ridimensionando l'importanza della dichiarazione di pubblica utilità e del vincolo preordinato all'esproprio, eliminava qualsiasi collegamento tra l'interesse pubblico e l'utilizzazione dell'immobile da parte della pubblica amministrazione²²¹, inoltre, risultava violato anche il principio del giusto procedimento e, quindi, l'art. 97 Cost., dal momento che l'atto di acquisizione veniva adottato prescindendo dalla disciplina del procedimento espropriativo²²².

Sul versante processuale, secondo la dottrina, la disciplina dell'occupazione acquisitiva violava il principio di effettività della tutela giurisdizionale: la critica investiva entrambe le ipotesi disciplinate nell'art. 43.

Con riferimento all'occupazione c.d. amministrativa, si riteneva che l'adozione di un provvedimento in sanatoria successivo ad una sentenza di annullamento finisse per vanificare la tutela invocata dal privato davanti al giudice amministrativo; mentre, con riferimento all'occupazione c.d. giudiziale, si rilevava che il meccanismo che consentiva alla pubblica amministrazione di evitare l'annullamento, chiedendo al giudice di condannarla al risarcimento del danno, era un limite alla pienezza della tutela giurisdizionale²²³.

²²⁰ S. BENINI, *L'occupazione appropriativa*, cit., p. 2591.

²²¹ F. CARINGELLA, M. DE PALMA, *Potere espropriativo e proprietà privata*, Milano, 2005, p. 310; G. MARI, *Rassegna delle questioni ancora aperte sull'acquisizione sanante ex art. 43 d.p.r. n. 327 del 2001. I persistenti dubbi di legittimità costituzionale*, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, II, p. 147; P. CERBO, *Profili di costituzionalità della c.d. occupazione sanante*, in *Urb. app.*, 2009, p. 208.

²²² F. G. SCOCA, S. TARULLO, *La metamorfosi dell'accessione invertita: l'atto di acquisizione di immobili utilizzati sine titolo*, in *Riv. amm.*, 2001, p. 531.

²²³ M. NUNZIATA, *Recenti sviluppi in materia di espropriazione per pubblica utilità alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 293 del 2010 e del nuovo art. 42 bis del TU degli espropri*, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 3315; F. GOGGIAMANI, *Le vie di difesa del proprietario di un bene illegittimamente occupato al vaglio del principio di effettività della tutela*, in *Foro amm. TAR*, 2010, p. 2340.

Per quanto riguarda la compatibilità dell'art. 43 con la CEDU, la dottrina ha ritenuto che la disposizione in commento violasse il principio di legalità sostanziale, perché, nonostante il provvedimento di acquisizione fosse il risultato di una disciplina normativa, questa difettava degli ormai noti criteri di precisione, prevedibilità e accessibilità.

Si ricorda che tali principi, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, attengono ai criteri di qualità della legge, che, assieme al principio di riserva di legge, sanciscono il principio di «*preminenza del diritto*»²²⁴; orbene, secondo la dottrina, la disciplina delineata dall'art. 43 non soddisfaceva tutti i requisiti previsti dall'art. 1, primo Prot. per la piena tutela del diritto di proprietà e per questo motivo si poneva in contrasto con il principio di legalità.

Per tutti questi motivi, si è giunti alla conclusione che, con la disciplina dell'art. 43, il legislatore aveva riconosciuto alla pubblica amministrazione uno strumento di potere il quale, a dispetto dell'occupazione illegittima, le consentiva di appropriarsi in modo *legittimo* del diritto di proprietà del privato²²⁵.

Una sostanziale conferma ai dubbi della dottrina si rinviene nella giurisprudenza della Corte EDU che, nella sentenza *De Scicio c. Italia*²²⁶, ha criticato ancora una volta la prassi della occupazione acquisitiva in quanto lesiva del principio di legalità, perché permette la privazione del diritto di proprietà prescindendo dall'esito di un giusto procedimento. Si aggiunga, inoltre, che, successivamente all'entrata in vigore dell'art. 43, la Corte EDU ha emesso numerose sentenze contro l'Italia e, in tutte, ha ribadito che l'occupazione illegittima viola l'art. 1, primo Prot.²²⁷.

Malgrado in tutte queste sentenze la Corte non si sia pronunciata espressamente sull'occupazione sanante, esse non possono certo dirsi estranee all'istituto in esame, infatti, un aspetto comune ad entrambe le fattispecie occupative è il fatto che all'origine dell'acquisto del diritto da parte della pubblica amministrazione vi è un fatto illecito.

Dopo questi importanti arresti, la Corte EDU, seguendo la tradizionale linea interpretativa elaborata in materia di espropriazioni indirette, ha dichiarato espressamente l'illegittimità dell'occupazione sanante perché consente in via generale alla pubblica amministrazione di trarre vantaggio da una situazione di

²²⁴ G. MARI, *La Corte di cassazione*, cit., p. 1205; *i.d.*, *Rassegna*, cit., p. 147.

²²⁵ S. BENINI, *L'occupazione appropriativa*, cit., p. 2591; G. MARI, *La Corte di cassazione*, cit., p. 1205.

²²⁶ Corte dir. uomo, 20 aprile 2006, *De Scicio c. Italia*.

²²⁷ Corte dir. uomo, 11 ottobre 2005, *Chirò c. Italia*; Corte dir. uomo, 13 ottobre 2005, *Fiore c. Italia*; Corte dir. uomo, 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia*; Corte dir. uomo, 19 ottobre 2006, *Guatieri e altri c. Italia*; Corte dir. uomo, 7 giugno 2011, *De Caterina e altri c. Italia*.

fatto illegale²²⁸.

3.4. La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43 T.u. espr..

Nei pochi anni in cui è rimasto in vigore, poco più di otto, l'art. 43 T.u. espr. ha avuto una notevole applicazione, che è dipesa dal fatto che la disposizione aveva un ambito di applicazione molto più ampio di quello al tempo riconosciuto all'occupazione acquisitiva; come si è avuto modo di constatare, la giurisprudenza amministrativa ha esteso l'applicazione della nuova disciplina alle ipotesi di occupazione *sine titolo*, nonché alle occupazioni antecedenti all'entrata in vigore del testo unico.

Non stupisce che la dottrina sia giunta a considerare l'istituto un'alternativa all'ordinario procedimento espropriativo, infatti, sebbene la giurisprudenza amministrativa ne aveva più volte ribadito la natura eccezionale²²⁹, nella pratica esso si è rivelato indispensabile per l'amministrazione che, avendo costruito un'opera pubblica su un suolo altrui prescindendo da un valido procedimento di esproprio, decidesse di acquisirne la proprietà.

Per questo motivi, la dottrina frequentemente ha accusato il legislatore di aver disciplinato l'istituto per «*garantire all'amministrazione una legale via d'uscita dalle situazioni di illegittimità*», confermando ancora una volta la posizione di supremazia dell'autorità, anche se per raggiungere il suo obiettivo ha dovuto «*legalizzare l'illegale*»²³⁰.

A fronte dei diversi dubbi di legittimità che sono stati sollevati sull'art. 43, più volte la dottrina ha sollecitato un intervento della Corte costituzionale²³¹.

Nel 2008 i giudici del Tar Campania hanno investito la Corte costituzionale della questione di legittimità dell'art. 43 T.u. espr. in relazione agli articoli 3, 24, 42, 97 e 113 Cost.²³². Nel caso di specie, il Tar era stato chiamato a pronunciarsi su due ricorsi (poi riuniti): con uno i ricorrenti chiedevano l'esecuzione del giudicato formatosi su una sentenza che, annullati gli atti di un

²²⁸ Corte dir. uomo, 12 gennaio 2006, *Sciarrotta e altri c. Italia*.

²²⁹ Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2, ha affermato che l'istituto «*ha natura eccezionale e non può risolversi in una mera alternativa alla procedura ordinaria*». In questi termini, Cons. di Stato, sez. IV, 26 febbraio, 2009, n. 1136, in *Urb. app.*, 2009, 6, p. 720; Cons. di Stato, sez. IV, 30 dicembre 2008, n. 6636.

²³⁰ S. SALVAGO, (Prima) *Declaratoria di incostituzionalità*, cit., p. 305; F. REGA, *Forme (vecchie e nuove) di acquisizione al patrimonio indisponibile di beni privati utilizzati per scopi di interesse pubblico, nota a TAR Catania Sicilia, sez. III, 19 agosto 2011, n. 2102*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 244.

²³¹ F. SCOCA, *Modalità di espropriazione e «rispetto» dei beni (immobili) privati*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 519; C. VARRONE, «*Occupazione acquisitiva*», cit., p. 518; F. G. SCOCA, S. TARULLO, *La metamorfosi*, cit., p. 531.

²³² TAR Campania, Napoli, sez. V, ordinanza, 28 ottobre 2008, n. 730 e ordinanza, 18 novembre 2008, n. 731.

procedimento espropriativo, condannava la pubblica amministrazione alla restituzione delle aree e al ripristino dei suoli; con l'altro, chiedevano l'annullamento dell'atto di acquisizione sanante adottato dall'amministrazione ai sensi dell'art. 43.

L'amministrazione, costituitasi in giudizio, chiedeva che, in caso di accoglimento dei ricorsi, il giudice disponesse la sola condanna al risarcimento del danno con esclusione della restituzione, ai sensi dell'art. 43, commi 3 e 4. Sebbene la possibilità per l'amministrazione di chiedere il venir meno dell'obbligo di restituzione del bene era prevista nel procedimento dallo stesso art. 43, il TAR Campania ha messo in dubbio la legittimità nel procedimento acquisitivo, giudicandolo uno strumento idoneo ad eludere la disciplina formale del procedimento di esproprio.

Il TAR ha prima di tutto evidenziato come la disciplina dell'occupazione sanante, amministrativa e giudiziale, aveva nelle intenzioni del legislatore «*natura eccezionale*», trattandosi di un istituto che prevede una potestà unilaterale a vantaggio esclusivo della pubblica amministrazione. Infatti, in considerazione del fatto che la disciplina consente all'amministrazione l'acquisizione di un bene occupato illegittimamente, l'art. 43 era concepito come un istituto di *extrema ratio* finalizzato a porre rimedio ai casi concreti in cui la pubblica amministrazione occupa un bene immobile senza rispettare la disciplina del procedimento di esproprio.

Ebbene, il Tar ha rilevato come invece l'occupazione sanante nella pratica abbia assunto «*la natura di strumento ordinario, a mezzo del quale si legalizza l'illegale, ossia si legittima l'acquisto dell'area privata ove sia già stata realizzata un'opera pubblica in assenza di valido decreto di espropriazione*».

Tanto premesso, il TAR ha rilevato il contrasto dell'art. 43 con gli artt. 42 e 97 Cost., nella misura in cui veniva utilizzato come strumento ordinario e, per l'effetto, permetteva alla pubblica amministrazione di sottrarsi al rispetto della disciplina prevista in materia di espropriazione.

Per gli identici motivi, il TAR ha evidenziato il contrasto della norma con l'art. 1, primo Prot., CEDU, e per questo ha ritenuto che l'art. 43 violasse l'art. 117 Cost..

Per quanto riguarda il contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost., questo è stato individuato nella possibilità riconosciuta all'amministrazione di adottare l'atto di acquisizione anche dopo sentenza passata in giudicato. Secondo il TAR, in questo caso si pone il problema «*di una grande lesione del principio generale dell'intangibilità del giudicato amministrativo, avente anch'esso natura*

costituzionale e in sostanza vanificato da un atto di acquisizione per utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico».

Infine, il TAR ha ravvisato nella disciplina dell'art. 43 il vizio dell'eccesso di delega, perché il testo unico avrebbe dovuto realizzare esclusivamente un mero coordinamento delle norme vigenti in materia di espropriazione.

Ebbene, la Consulta ha dichiarato incostituzionale la norma proprio per violazione dell'art. 76 Cost., in quanto *«la norma in esame non solo è marcatamente innovativa rispetto al contesto normativo positivo di cui si era consentito un mero riordino, ma neppure è coerente con quegli orientamenti di giurisprudenza che, in via interpretativa, erano riusciti a porre un certo rimedio ad alcune patologie emerse nel corso dei procedimenti espropriativi»*²³³.

La Corte ha rilevato che la legge delega n. 50 del 1997 ha incaricato il legislatore di provvedere al riordino delle disposizioni vigenti in materia di espropriazione, nel rispetto dei criteri direttivi previsti nella medesima legge delega²³⁴.

Dopo aver esaminato l'art. 43, la Corte è giunta alla conclusione che l'istituto presenti *«numerosi elementi di novità»* rispetto alla normativa vigente in materia di espropriazione, e perfino rispetto agli istituti di natura giurisprudenziale, per questo motivo la Corte ha rilevato la violazione dell'art. 76 Cost.; poiché il problema della corretta funzione legislativa è pregiudiziale rispetto alle altre censure eccepite dal TAR Campania, questo ha riassorbito in sé le altre questioni di merito relative alla conformità dell'art. 43 alla Costituzione.

Detto aspetto avrebbe dovuto precludere alla Corte di entrare nel merito delle questioni, anche se sotto forma di mere valutazioni, invece, questa, dopo aver esaminato la disciplina normativa e giurisprudenziale, si è espressa in significative riflessioni che hanno lasciato perplesso l'interprete. Infatti, nella consapevolezza che la declaratoria di incostituzionalità avrebbe lasciato un vuoto normativo di non scarsa importanza, le valutazioni della Corte sono parse dei moniti rivolti soprattutto al legislatore²³⁵.

²³³ Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293, in *Corriere giur.*, p. 1552; in *Giur. cost.*, 2010, V, p. 3797.

²³⁴ Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293, nel punto 8.3 riporta seguenti i principi e criteri direttivi contenuti nella legge delega: la puntuale individuazione del testo vigente delle norme; l'indicazione delle norme abrogate; il coordinamento «formale» del testo delle disposizioni vigenti, apportando, nei limiti di detto ordinamento, le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa, anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio normativo.

²³⁵ F. PATRONI GRIFFI, *Prime impressioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 293 del 2010 in tema di espropriazione indiretta*, in www.federalismi.it.

La Corte ha rilevato come l'art. 43 conferisca alla pubblica amministrazione il potere generalizzato di sanare i propri illeciti e ha manifestato i suoi dubbi (da essa definiti legittimi) sulla idoneità della norma a rispettare i principi sanciti nell'art. 1, primo Prot., CEDU; non stupisce, quindi, che queste perplessità abbiano indotto la Corte a sostenere che la scelta del legislatore di disciplinare l'istituto dell'occupazione sanante costituisca «*soltanto una delle molteplici soluzioni possibili*».

3.5. Il problema della lacuna normativa.

Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010, il legislatore ha sanato la lacuna normativa, introducendo una nuova disciplina delle occupazioni illegittime con l'art. 42 *bis* T.u. espr., dalla sentenza alla novità normativa sono tuttavia trascorsi circa nove mesi, durante i quali la giurisprudenza ha proposto diverse soluzioni per colmare il vuoto normativo, alcune delle quali contrastanti tra loro²³⁶.

Il primo problema che si è posto agli interpreti subito dopo la declaratoria di incostituzionalità era di natura prettamente pratica e riguardava la sorte degli atti di acquisizione sanante adottati dalle amministrazioni nella vigenza dell'art. 43.

La giurisprudenza maggioritaria ha sostenuto la tesi nullità, perché, con l'eliminazione della disposizione, è venuta meno la fonte normativa attributiva del potere, pertanto il relativo provvedimento deve considerarsi inefficace e inesistente²³⁷.

Per quanto riguarda la tutela da riconoscere al privato pregiudicato dalle

²³⁶ G. VIRGA, *Una possibile "exit strategy" dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 del T.U. espropriazione per p.u.*, in *Lexitalia.it*; G. MARI, *L'espropriazione indiretta: la sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010 sull'acquisizione sanante e prospettive future*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, II, p. 347; M. MORELLI, *Il vuoto normativo lasciato dall'abrogazione dell'art. 43 D.p.r. n. 327/01: l'analisi della situazione in atto impone un immediato intervento legislativo*, in *Lexitalia.it*; E. FURNO, *La Corte costituzionale elimina l'acquisizione coattiva sanante nella storia infinita degli espropri extra ordinem*, in *Giur. cost.*, 2010, V, p. 3816; S. SALVAGO, *(Prima) Declaratoria*, cit. p. 305; G. MIRIAM, *L'incostituzionalità della disciplina sull'acquisizione sanante*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, V, p. 494; S. LEONE, *Illegittimità costituzionale dell'articolo 43, d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327: dubbi e soluzioni interpretative*, in *Lexitalia.it*; M. NUNZIATA, *Recenti sviluppi in materia di espropriazione per pubblica utilità alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 293 del 2010 e del nuovo art. 42 bis del TU degli espropri*, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 3315.

²³⁷ TAR Puglia, Lecce, sez. I, 19 gennaio 2011, n. 97. TAR Piemonte, sez. I, 14 gennaio 2011, n. 21, aveva sostenuto la tesi della annullabilità. Secondo i giudici amministrativi la declaratoria di incostituzionalità non travolgeva gli atti di acquisizione, né tanto meno li rendeva inefficaci. Secondo i TAR si trattava invece di un'ipotesi di illegittimità derivata, accertabile qualora il ricorrente impugnasse l'atto censurando la legittimità dell'art. 43.

occupazioni illegittime della pubblica amministrazione, come detto, in giurisprudenza sono emerse diverse soluzioni per colmare la lacuna, alcune delle quali chiaramente finalizzate a tutelare ancora una volta la pubblica amministrazione.

Nonostante le molteplici posizioni, l'unanime giurisprudenza ha escluso che, dopo l'eliminazione dell'acquisizione sanante ex art. 43, si potesse nuovamente ricorrere alle vecchie regole pretorie dell'occupazione appropriativa e dell'occupazione usurpativa, ormai reputate incompatibili con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²³⁸.

Pertanto la giurisprudenza ha dovuto elaborare delle nuove soluzioni, tra queste, quella che sicuramente spicca per originalità è la sentenza TAR Lecce²³⁹. Secondo i giudici amministrativi, infatti, di fronte ad una radicale trasformazione del suolo, in assenza di un valido procedimento espropriativo, avrebbe dovuto trovare applicazione l'istituto civilistico della specificazione, ex art. 940 cod. civ..

L'istituto della specificazione consente a colui che ha utilizzato beni mobili altrui per formare una cosa nuova di mantenerne la proprietà, previo pagamento del prezzo della materia al proprietario, salvo che il prezzo della materia superi quello della cosa.

Il fatto che la disciplina civilistica della specificazione trovi applicazione esclusivamente con riferimento alle cose mobili divenne però il principale argomento contro la sua applicabilità alle occupazioni illegittime di beni immobili da parte dell'autorità e, per questo motivo, la sentenza è stata ampiamente criticata dalla dottrina²⁴⁰.

Secondo un'altra impostazione interpretativa, accolta dalla giurisprudenza prevalente e condivisa dalla dottrina²⁴¹, di fronte all'illegittimità dell'occupazione della pubblica amministrazione, il privato ha diritto alla restituzione del fondo e

²³⁸ TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 2 dicembre 2010, n. 14232, in *Foro amm. TAR*, 2010, XII, p. 4058; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 10 febbraio 2011, n. 290.

²³⁹ TAR Puglia, Lecce, 24 novembre, 2010, n. 2683, concorda con la soluzione del giudice leccese S. AURILIO, *L'acquisizione sanante: un eterno ritorno?*, in *Foro amm.*, 2011, p. 3643.

²⁴⁰ G. IANNI, *L'incostituzionalità dell'art. 42 bis DPR n. 327 del 2001 e i «rimedi» della giurisprudenza di merito: è possibile il ricorso all'istituto della specificazione?*, nota a sentenza TAR Puglia, Lecce, 24 novembre, 2010, n. 2683., in *Giur. merito*, 2011, p. 2272; M. MORELLI, *Il vuoto normativo*, cit.; S. LEONE, *Illegittimità costituzionale*, cit.; A. LEONI, *Rassegna delle pronunce adottate dalla giurisprudenza amministrativa a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 DPR 8 giugno 2001 n. 327*, nota a TAR Salerno, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, p. 214B.

²⁴¹ V. SANTARSIERE, *Trasformazione di aree occupate della P.A. e obliterazione dell'acquisizione sanante*, in *Giur. merito*, 2011, p. 2260; G. MARI, *L'espropriazione indiretta*, cit., p. 347; G. IANNI, *L'incostituzionalità dell'art. 42 bis*, cit. p. 2272; A. LEONI, *Rassegna delle pronunce*, cit., p. 214B.

al risarcimento del danno per il periodo relativo all'occupazione²⁴².

Perviene alla stessa conclusione anche la giurisprudenza che ha applicato la disciplina generale dell'accessione, prevista negli artt. 934 e seguenti cod. civ.²⁴³. Si rammenta che l'art. 934, nel disciplinare l'accessione, prevede che, nell'ipotesi in cui un terzo costruisca un'opera su un fondo altrui, il proprietario del suolo acquista il diritto di proprietà sulla costruzione, salvo il diritto del proprietario di farla levare, ai sensi dell'art. 936 cod. civ..

Dalle pronunce appena richiamate si evince come, prima dell'intervento legislativo, la ricostruzione preferita dalla giurisprudenza era quella più compatibile con le disposizioni giuridiche, la quale, appunto, consentiva al privato di richiedere la restituzione del bene.

Pertanto, se questa impostazione è giustificabile alla luce dell'ordinamento giuridico, lo è molto meno dal punto di vista pratico, non si può negare, infatti, che la restituzione del suolo con ripristino dello *status quo ante* si rivelerebbe per l'amministrazione assolutamente gravosa e antieconomica.

Per questo motivo la dottrina ha correttamente osservato che, sempre dando applicazione alle norme dell'ordinamento civile, la restituzione può essere esclusa quando risulti eccessivamente onerosa ai sensi dell'art. 2058 cod. civ., oppure quando dalla distruzione della cosa possano derivare pregiudizi per l'economia nazionale, ai sensi dell'art. 2933 cod. civ.²⁴⁴.

Altra pronuncia degna di nota, che si inserisce nella logica del ragionamento sopra esposto, è quella del TAR Campania²⁴⁵, dove il giudice amministrativo ha affrontato il caso di un proprietario che, avendo subito una radicale trasformazione del proprio fondo per mano della pubblica amministrazione, ha fatto ricorso esclusivamente per ottenere il risarcimento del danno, senza richiedere la restituzione del bene.

Ebbene, nel caso di specie si è negato che la richiesta del solo risarcimento equivallesse ad una rinuncia tacita del diritto di proprietà da parte del privato, ciò sul presupposto che l'effetto traslativo può prodursi esclusivamente previo consenso del proprietario²⁴⁶.

²⁴² TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 11 gennaio 2011, n. 9; TAR Campania, Napoli, sez. V, 11 febbraio 2011, n. 866.

²⁴³ TAR Campania, Napoli, 18 gennaio 2011, n. 262; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 10 febbraio 2011, n. 290; TAR Campania, Salerno, 14 gennaio 2011, n. 43.

²⁴⁴ G. IANNI, *L'incostituzionalità dell'art. 42 bis, cit.*, p. 2272.

²⁴⁵ TAR Campania, Salerno, sez. II, 14 gennaio 2011, n. 43.

²⁴⁶ Cons. di Stato, sez. III, 28 gennaio 2011, n. 676.

4. L'art. 42 *bis* del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità.

Dopo la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43 T.u. espr., come si è visto, la dottrina e la giurisprudenza si sono impegnate per trovare la giusta soluzione alle espropriazioni indirette facendo uso dei principi generali, ciò nonostante, è sempre stato chiaro ad entrambe che la materia delle occupazioni illegittime necessitasse di una disciplina normativa.

A breve distanza dalla sentenza della Corte costituzionale, è stata introdotto, con l'art. 34 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98 («Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria»), convertito in l. 15 luglio 2011, n. 111, l'art. 42 *bis* nel testo unico delle espropriazioni, rubricato «*Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*».

L'art. 42 *bis* consente alla pubblica amministrazione che abbia utilizzato un immobile per scopi di interesse pubblico, in assenza di un titolo legittimo, di acquisirlo al proprio patrimonio indisponibile, con effetto non retroattivo e previo pagamento di un indennizzo al privato danneggiato.

La disposizione ripropone l'istituto dell'occupazione sanante disciplinato dall'art. 43, con alcune rilevanti novità; il legislatore, nel reintrodurre l'istituto, ha chiaramente dimostrato di non voler rinunciare ad uno strumento che consente alla pubblica amministrazione di disporre il trasferimento coattivo di un bene prescindendo dall'ordinario procedimento espropriativo.

4.1. La nuova disciplina dell'occupazione acquisitiva.

Prima di entrare nel merito dell'analisi dell'art. 42 *bis*, si deve ricordare che la norma, pur mantenendo la denominazione del precedente art. 43, si caratterizza per diversi aspetti di novità, che hanno risolto alcuni dei problemi rilevati nella vigenza dell'art. 43.

A differenza di quanto previsto nell'art. 43, la nuova disposizione individua una sola modalità per consentire alla pubblica amministrazione di acquisire al suo patrimonio indisponibile diritti reali alieni; infatti, la nuova disciplina normativa ha espunto dall'ordinamento l'occupazione giudiziale disciplinata nei commi 3 e 4 dell'abrogato art. 43.

Altri aspetti di rilievo sono la non retroattività della disposizione e la previsione di un indennizzo in favore del privato per il danno subito dall'occupazione della pubblica amministrazione, in luogo del risarcimento del danno; per il resto, l'art. 42 *bis* ripropone il contenuto del precedente art. 43. L'atto di acquisizione, infatti, conserva la natura discrezionale e può essere

disposto anche nell'ipotesi di occupazione usurpativa.

Considerando che su questi temi il legislatore non ha apportato grandi rivoluzioni, è corretto affermare che i relativi dubbi sollevati in relazione all'art. 43 non perdano di attualità per il solo fatto che la fattispecie sia disciplinata in un nuovo articolo del testo unico. Si aggiunga, inoltre, che per l'esame della nuova disposizione si farà ampio riferimento, ove ritenuto necessario, alla precedente disciplina, con la consapevolezza che il nuovo art. 42 *bis* disciplina un *nuovo* provvedimento di acquisizione.

4.2. L'autorità competente ad adottare l'atto di acquisizione.

Ai sensi del primo comma dell'art. 42 *bis*, la competenza ad adottare l'atto di acquisizione è dell'«*autorità che utilizza un bene immobile per scopi di pubblica utilità*», la norma ripropone la stessa disposizione prevista nel precedente art. 43; con l'art. 42 *bis*, però, i vecchi problemi sull'individuazione dell'autorità competente assumono una nuova veste, soprattutto se si accetta la tesi, qui sostenuta, che il nuovo provvedimento di acquisizione sia espressione di un nuovo potere ablatorio della pubblica amministrazione, alternativo a quello esercitabile nell'ordinario procedimento espropriativo.

Per individuare l'*autorità* deputata ad adottare l'atto di acquisizione è necessario fare ricorso al concetto di «*autorità espropriante*», definita nell'art. 3 T.u. espr., comma 1, lett. b), ed alle competenze del consiglio comunale, disciplinate nell'art. 42 d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico degli enti locali).

Dal combinato disposto tra le due norme si evince che l'organo dell'amministrazione comunale deputato ad assumere le determinazioni aventi ad oggetto le vicende traslative della proprietà è il consiglio comunale; l'art. 42 T.u. enti locali, infatti, indica espressamente tra le sue competenze gli «*acquisti e alienazioni immobiliari*».

Considerando che l'art. 42 *bis* T.u. espr. fa riferimento all'autorità che *utilizza* il bene, è fondamentale comprendere cosa si intenda per «*acquisto*» nell'art. 42 T.u. enti locali.

Con riferimento al precedente art. 43, la giurisprudenza amministrativa aveva attribuito la competenza per l'adozione dell'atto di acquisizione sanante al consiglio comunale, in quanto si riteneva che esso fosse il risultato di una complessa valutazione, anche politica, e per questo era necessario che la relativa decisione fosse presa da un organo rappresentativo.

Alla luce delle importanti novità che caratterizzano l'art. 42 *bis*, e accolta la

tesi che vede nel nuovo procedimento un'alternativa all'ordinario procedimento di espropriazione, si deve ritenere che il nuovo atto di acquisizione assuma natura tecnico – gestionale simile a quella del decreto di esproprio²⁴⁷, pertanto la competenza alla sua adozione è dei dirigenti.

Si deve dare atto che questa soluzione non è pacifica in giurisprudenza, e per questo motivo, onde evitare vizi di incompetenza relativa, sarebbe preferibile che la sua adozione fosse preceduta anche da una deliberazione consiliare²⁴⁸.

4.3. I presupposti dell'atto di acquisizione: a) *La modifica del bene.*

Al pari del precedente art 43, l'art. 42 *bis* dispone che l'atto di acquisizione abbia ad oggetto un immobile *modificato* dalla pubblica amministrazione. Correttamente si è osservato che questo elemento è un chiaro segno di rottura con la regola dell'occupazione appropriativa, la cui operatività era condizionata alla radicale trasformazione del fondo²⁴⁹.

La nozione di modifica purtroppo non è di facile individuazione, il termine infatti si presenta troppo generico per consentire all'interprete di circoscriverne il significato; non stupisce che nella vigenza dell'art. 43 la dottrina e la giurisprudenza abbiano cercato di interpretare il concetto di modifica al fine di porre dei paletti per circoscrivere l'ambito di applicazione della disposizione, problemi che si ripresentano oggi all'interprete in relazione all'art. 42 *bis*.

Il concetto di modifica evoca un cambiamento o una variazione, ma se per tale intendiamo qualsiasi variazione, allora il presupposto richiesto dalla norma per l'adozione dell'atto di acquisizione amplierebbe in modo eccessivo la portata applicativa dell'art. 42 *bis*, andando contro alla sua stessa funzione.

Il presupposto della «*modificazione*», infatti, è stato introdotto dal legislatore allo scopo di delimitare l'ambito di applicazione della norma, onde rispettare la natura eccezionale della disposizione e, per questo motivo, la giurisprudenza ha cercato di fornire un'interpretazione del requisito della «*modifica*» coerente con le peculiarità della fattispecie in esame.

Dalle diverse pronunce è possibile trarre alcuni aspetti che ci aiutano a definire la nozione di «*modifica*», riconoscendole un suo significato, autonomo e indipendente, rispetto alla nozione di irreversibile trasformazione del suolo;

²⁴⁷ TAR Campania, Salerno, sez. II, 9 agosto 2011, n. 1472; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 15 novembre 2011, n. 2127.

²⁴⁸ BORGIO M., MORELLI M., *L'acquisizione e l'utilizzo di immobili*, p. 295.

²⁴⁹ G. MONTEDORO, *L'occupazione appropriativa*, cit., p. 1171.

non si può quindi concordare con chi sostiene l'equivalenza tra le due nozioni²⁵⁰. Infatti, si ricorda che l'evoluzione giurisprudenziale era giunta a fornire un'interpretazione della nozione di irreversibile trasformazione del suolo quasi speculare a quella di opera pubblica, col risultato era tale non soltanto la manipolazione del fondo dal quale derivasse un *quid novi*, ma anche il mutamento della sua funzione.

Ovviamente questa interpretazione non può essere accolta alla luce del nuovo art. 42 *bis*, altrimenti si amplierebbe, anziché restringere, la sua portata applicativa²⁵¹, per questo motivo, si concorda con la giurisprudenza sul fatto che vi è modifica solo se «è in atto un rapporto di carattere materiale tra l'amministrazione ed il bene immobile di cui si tratta»²⁵².

Però, il legame materiale col bene si realizza sia nell'ipotesi di mera apprensione fisica sia nell'ipotesi di alterazione, ove la seconda presuppone sempre la prima; pertanto la nozione è ancora troppo generica e, per questo motivo, la giurisprudenza ha interpretato il concetto di modifica prendendo in considerazione anche quello di «utilizzo», ed è giunta alla conclusione che la modifica rilevante ai fini dell'acquisizione implica sempre il compimento di lavori²⁵³.

Ci si chiede, a questo punto, quale importanza abbia, ai fini della modifica rilevante ex art 42 *bis*, lo stato dei lavori e, quindi, l'entità della modifica; nonostante la giurisprudenza abbia proposto varie soluzioni²⁵⁴, si concorda nel ritenere che questa deve essere tale da giustificare un provvedimento di acquisizione alla luce della *ratio* della norma in esame.

L'entità della modifica è infatti un requisito di fatto che rileva sul grado e sulla profondità della motivazione idonea a giustificare l'esercizio del potere discrezionale²⁵⁵, ad esempio, si deve valutare se il bene immobile utilizzato

²⁵⁰ TAR Campania, sez. V, 9 gennaio 2007, n. 71; Cons. di Stato, sez. V, 24 gennaio 2007, n. 250, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 1, p. 134.

²⁵¹ TAR Campania, sez. II Salerno, 10 gennaio 2015, n. 100, precisa come «è irrilevante alla luce della norma il carattere irreversibile delle modifiche apportate al bene privato durante il periodo di occupazione».

²⁵² TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, 22 febbraio 2006, n. 322, con nota di R. CONTI, *Atto di acquisizione sanante: legittimazione attiva, avvio del procedimento e presupposti per l'adozione*, in *Giur. merito*, 2006, I, p. 1266. TAR Calabria, sez. I, 2 febbraio 2006, n. 84, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2, p. 742, ha escluso l'applicabilità dell'art. 43 allorché il bene sia nel possesso del proprietario.

²⁵³ TAR Toscana, Firenze, sez. I, 12 maggio 2009, n. 817.

²⁵⁴ Cons. giust. Amm. Sic., 21 aprile 2010, n. 558, in *Urb. app.*, 2010, 10, p. 1196, ha sostenuto che la modificazione del fono sussiste in presenza di «*apprezzabili immutazioni, economicamente valutabili, realizzate in forza del correlativo impiego di fondi pubblici*». TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, 22 febbraio 2006, n. 322, *cit.*, ha rilevato nel caso di specie la sussistenza del requisito della modificazione dato lo stato avanzato dei lavori.

²⁵⁵ Cons. di Stato, sez. IV, 17 febbraio 2009, n. 915.

dalla pubblica amministrazione, nonostante lo stato dei lavori, abbia assunto una inequivocabile nuova destinazione idonea a soddisfare i bisogni della collettività²⁵⁶ oppure sia stato dalla stessa modificato in maniera tale da ritenere la sua mancata acquisizione uno spreco di risorse pubbliche²⁵⁷.

b) L'assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità.

L'art. 42 *bis* prevede che l'atto di acquisizione può essere emanato anche «*in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità*» (comma 1), nonché «*quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio*» (comma 2).

Per comprendere la reale portata della disposizione, si ritiene necessario fare un quadro generale sul rapporto esistente tra la pianificazione urbanistica e il procedimento espropriativo in generale.

Detto legame è definito nell'art. 9, T.u. espr., il quale prevede che «*un bene è sottoposto a vincolo preordinato all'esproprio quando diventa efficace l'atto di approvazione del piano urbanistico generale, ovvero una sua variante, che prevede la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità*» (comma 1), e che «*il vincolo preordinato all'esproprio ha la durata di cinque anni. Entro tale data deve essere emanato il provvedimento che comporta la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera*» (comma 2).

L'art. 9 chiarisce che il procedimento espropriativo è strumentale alla realizzazione del piano regolatore generale, ponendosi come il mezzo ordinario per dare attuazione agli strumenti urbanistici e, quindi, per garantire la conformazione della attività edilizia pubblica alla pianificazione urbanistica²⁵⁸, la quale è, quindi, il presupposto del procedimento espropriativo. In questa fase, infatti, vengono individuate le aree in cui dovranno realizzarsi le opere pubbliche.

Con l'individuazione delle aree s'imprime sulle stesse un vincolo di destinazione, capace di comprimere lo *ius aedificandi* relativo al bene, benché questo permanga nella disponibilità del proprietario finché non si conclude il procedimento espropriativo²⁵⁹. Sostanzialmente, l'apposizione del vincolo

²⁵⁶ TAR Emilia Romagna, Parma, 14 gennaio 2009, n. 9.

²⁵⁷ TAR Calabria, sez. Catanzaro, sez. I, 7 giugno 2005, n. 984.

²⁵⁸ F. CARINGELLA, S. MAZZAMUTO, G. MORBIDELLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, p. 807.

²⁵⁹ F. CARINGELLA, S. MAZZAMUTO, G. MORBIDELLI, *Manuale*, cit., p. 807.

denota i motivi di interesse generale che giustificano il futuro intervento espropriativo e, quindi, giustifica l'opportunità che un bene sia sottratto al proprietario per soddisfare gli interessi pubblici.

Come detto, lo strumento attraverso il quale si dà attuazione al piano regolatore generale è il procedimento espropriativo, all'interno del quale, la dichiarazione di pubblica utilità si pone come il necessario intermezzo tra la pianificazione urbanistica e il decreto di esproprio.

Nel sistema del testo unico, la dichiarazione di pubblica utilità può essere disposta esclusivamente per realizzare gli interventi previsti dal piano urbanistico, in una sua variante, oppure da atti diversi dai piani urbanistici generali, ai sensi dell'art. 10, T.u. espr., infatti, l'art. 12, T.u. espr., nell'elencare gli atti che comportano la dichiarazione di pubblica utilità, contempla esclusivamente gli strumenti attuativi del piano urbanistico generale. Inoltre, la dichiarazione di pubblica utilità è il necessario presupposto per l'adozione del decreto di esproprio²⁶⁰.

Fermo restando che nel sistema complessivo del procedimento espropriativo delineato dal D.P.R. n. 327 la dichiarazione di pubblica utilità ha perso, in parte, di rilevanza, giacché non assolve più alla funzione di individuare l'area oggetto della localizzazione dell'opera, compito questo, come si è visto, assegnato, al vincolo; il testo unico infatti non richiede una dichiarazione di pubblica utilità espressa, ma la rinviene implicitamente in tutta una serie di atti indicati nell'art. 13.

Da questa breve disamina, si può affermare che il legame esistente tra la programmazione, prevista nella pianificazione urbanistica, e il procedimento espropriativo è strettissimo.

Se l'espropriazione così intesa risulta essere perfettamente compatibile con la funzione sociale sancita nell'art. 42 Cost., sembra chiaro che la previsione contenuta nell'art. 42 *bis* T.u. espr. rischia di ledere il diritto di proprietà costituzionalmente tutelato.

L'art. 42 *bis*, infatti, consente alla pubblica autorità di acquisire un bene immobile da essa utilizzato e meramente modificato senza rispettare il procedimento di espropriazione; la possibilità di adottare un atto di acquisizione quando manchi o sia stata annullata la dichiarazione della pubblica utilità, nonché quando sia stato annullato il vincolo preordinato all'esproprio, rende tutt'altro che improbabile il rischio che si realizzino opere con denaro pubblico

²⁶⁰ La dichiarazione di pubblica utilità rappresenta un mero presupposto procedimentale, la cui mancanza è causa di carenza di potere in concreto. La pubblica amministrazione, infatti, ottiene il potere di esproprio direttamente dalla legge.

del tutto prive di utilità pubblica.

Il riferimento normativo agli «*scopi di interesse pubblico*» non ci è, oltretutto, molto di aiuto, giacché, alla luce del fatto che la norma consente di prescindere dal vincolo preordinato all'esproprio e dalla dichiarazione della pubblica utilità, esso si presenta come un riferimento eccessivamente vago e indefinito²⁶¹.

c) L'utilizzazione per scopi di interesse pubblico.

La previsione dell'utilizzazione dell'immobile da parte della pubblica utilità «*per scopi di interesse pubblico*» è il presupposto della fattispecie che pone l'istituto in funzione del soddisfacimento dei bisogni generali.

La scelta del legislatore di non condizionare l'atto di acquisizione all'esistenza di «*scopi di pubblica utilità*» è dovuta al fatto che la fattispecie si caratterizza per la patologia del procedimento e, per questo, deve essere distinta dall'ordinario procedimento espropriativo.

Ciò nonostante, ritenere che detti interessi siano rilevabili anche in assenza della dichiarazione di pubblica utilità e del vincolo preordinato all'esproprio risulta difficile, perché detti atti sono fondamentali per spiegare l'effettiva necessità dell'opera pubblica. Il requisito previsto dal legislatore non può essere inteso come un presupposto astratto, essendo necessario che esso esprima le concrete ragioni che giustificano l'acquisizione del bene da parte dell'amministrazione e, quindi, il sacrificio imposto al privato.

L'atto di acquisizione, infatti, al pari del decreto di esproprio, incide su un diritto costituzionalmente tutelato che, come già precisato più volte, può essere sacrificato solo per soddisfare effettive ragioni di interesse pubblico, per questo motivo la dichiarazione di pubblica utilità e il vincolo preordinato all'esproprio sono tanto importanti, essi infatti collegano l'attività edilizia dell'amministrazione alle esigenze di interesse pubblico della collettività.

d) La valutazione degli interessi in conflitto.

Il nuovo art. 42 *bis* condiziona l'emanazione del provvedimento alla valutazione degli «*interessi in conflitto*», riproponendo tale inciso la nuova norma conferma la natura discrezionale della decisione amministrativa.

Pertanto, la pubblica amministrazione dovrà, in via primaria, individuare l'interesse privato contrapposto e procedere ad una comparazione con l'interesse pubblico, non limitandosi ad un raffronto di utilità²⁶², né ad una mera

²⁶¹ R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva*, cit., p. 619.

²⁶² G. CARLOTTI, *La breve parabola dell'art. 43*, cit., p. 939.

formalità destinata a concludersi sempre in favore dell'autorità²⁶³.

Per spiegare l'esproprio sostanziale, la norma esige che dalla comparazione tra l'interesse pubblico e l'interesse privato prevalgano le ragioni di interesse pubblico idonee a giustificare un provvedimento adottato nelle condizioni previste dalla legge.

Ai fini dell'adozione dell'atto di acquisizione, dalla ponderazione degli interessi deve risultare che, nonostante vi sia stato un cattivo funzionamento del procedimento espropriativo, le esigenze di tutela dell'interesse pubblico prevalgono sull'interesse astratto alla tutela del diritto di proprietà. Si capisce che, se inteso in questi termini, il potere di emanare un atto acquisitivo ai sensi dell'art. 42 *bis* è un potere residuale che non deve essere considerato l'alternativa al procedimento ordinario di espropriazione.

Pertanto, la pubblica amministrazione, dopo aver individuato i termini della comparazione, e quindi gli interessi contrapposti, deve prima di tutto vagliare le possibilità alternative e preferibili per perseguire l'interesse pubblico, preferendo quella che comporti il minor sacrificio per il privato²⁶⁴; solo qualora non sia possibile perseguire altrimenti detto interesse, l'amministrazione può ricorrere al potere acquisitivo²⁶⁵.

Dalla necessità di comparazione dell'interesse pubblico con l'interesse privato di desumono due importanti osservazioni: l'irrilevanza della eventuale radicale trasformazione del suolo e l'importanza della motivazione. Quanto alla trasformazione del suolo, come si è già avuto modo di osservare, essa non ha più alcun rilievo al fine dell'acquisto del diritto dominicale, nel nuovo assetto normativo, infatti, l'acquisto del diritto è la conseguenza di una decisione amministrativa finalizzata alla tutela dell'interesse pubblico, che non corrisponde alla necessità di preservare un'opera pubblica nella sua fisicità, ma alla necessità di mantenere l'utilizzazione dell'opera stessa.

Per quanto riguarda la motivazione, essa assume un particolare rilievo nel caso di specie proprio perché trattasi di una decisione di natura discrezionale, infatti, la motivazione dell'atto di acquisizione è anche la parte che consente la sindacabilità della scelta amministrativa e, quindi, ne garantisce la legittimità. Per questo motivo, nell'atto di acquisizione devono essere indicate le *«circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e se*

²⁶³ G. MONTEDORO, *L'occupazione appropriativa dopo il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 327*, in *Urb. app.*, 2001, II, p. 1171.

²⁶⁴ TAR Molise, Campobasso, 6 maggio 2014, n. 293.

²⁶⁵ Cons. di Stato, Ad. Gen., parere 29 marzo 2001, n. 4; Cons. di Stato, sez. IV, 16 maggio 2013, n. 2679.

possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio; è specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico»; devono essere, inoltre, indicati i motivi «che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione» (art. 42 bis, comma 4).

All'amministrazione si chiede di motivare la sua scelta facendo riferimento a fatti concreti, ad esempio, dando prova di aver intrapreso le possibilità alternative e spiegando le ragioni per cui esse non sono andate a buon fine; da ciò si evince come la valutazione a cui è chiamata la pubblica amministrazione in sede di procedimento di acquisizione non può ridursi in una decisione di mera opportunità²⁶⁶, né tantomeno il requisito della motivazione è soddisfatto dal mero richiamo del dato normativo.

e) L'indennizzo.

Una delle principali novità introdotte dall'art. 42 bis è rappresentata dal fatto che la norma prevede, come ristoro per l'acquisizione del bene, il pagamento di un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, invece che un risarcimento.

La novità è sicuramente di particolare rilievo, dato che la distinzione tra l'indennizzo e il risarcimento, come noto, dipende dalla diversa causa del relativo ristoro: un atto lecito dannoso in un caso, un atto illecito nell'altro²⁶⁷; dalla norma in esame, quindi, si evince la liceità dell'attività, non retroattiva, posta in essere dall'autorità amministrativa²⁶⁸.

In ordine ai criteri di computo dell'indennizzo, la norma prevede un «*doppio indennizzo*»²⁶⁹: per la prima volta, infatti, il legislatore riconosce al privato proprietario l'indennizzo sia per il danno patrimoniale che per quello non patrimoniale. Quanto al primo, questo è determinato nella misura corrispondente al valore venale del bene e, se l'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell'art. 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7, T.u.: il legislatore ha, quindi, accolto il principio dell'integrale ristoro del pregiudizio patito dal proprietario.

La scelta di corrispondere al proprietario un indennizzo pari al valore

²⁶⁶ M. NUNZIATA, *Recenti sviluppi*, cit., p. 3315.

²⁶⁷ F. CARINGELLA, S. MAZZAMUTO, G. MORBIDELLI, *Manuale*, cit., p. 858.

²⁶⁸ TAR Campania, Napoli, sez. V, 8 marzo 2012, n. 1171.

²⁶⁹ G. RICCHIUTO, *L'art. 42 bis del T.U. Espropriazioni sotto i riflettori della giurisprudenza amministrativa*, in *Nuovo dir. amm.*, 2012, I, p. 77.

dell'immobile è sicuramente dipesa dalla necessità di giustificare la mancata restituzione del bene che, si ricorda, è la soluzione preferita dalla giurisprudenza della Corte EDU.

Accanto all'indennizzo del danno patrimoniale, l'art. 42 *bis*, comma 1, prevede anche l'indennizzo del danno non patrimoniale, «*forfettariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene*», per la prima volta nel nostro ordinamento, il legislatore ha riconosciuto il ristoro patrimoniale per i danni morali derivanti da occupazione illegittima.

Il legislatore, conformandosi ad un orientamento ormai pacifico nella giurisprudenza della Corte EDU²⁷⁰, ha definitivamente accolto l'idea dell'indennizzo quale criterio per eliminare definitivamente tutte le conseguenze dannose derivanti dall'ingerenza subita dal proprietario.

Data la peculiarità della disposizione, la giurisprudenza amministrativa la ritiene di stretta interpretazione ed esclude che la previsione dell'indennizzo per il danno non patrimoniale possa trovare applicazione in ipotesi diverse all'art. 42 *bis*²⁷¹.

Non si deve dimenticare che nel nostro ordinamento, ai sensi dell'art. 2059 cod. civ., il risarcimento del danno non patrimoniale è ammissibile solo nei casi stabiliti dalla legge; pertanto, per quanto l'interpretazione estensiva della disposizione miri a riconoscere una maggiore tutela ai soggetti privati, essa non può essere applicata oltre i casi da essa espressamente previsti.

Infine, per quanto riguarda l'indennizzo per il danno non patrimoniale, si deve dare conto di una interpretazione innovativa, relativa alla qualificazione del danno: secondo una recente giurisprudenza, il danno da occupazione illegittima deve qualificarsi come danno – evento e non come danno – conseguenza. Secondo questo orientamento, quindi, l'indennizzo per il danno non patrimoniale spetta al proprietario per le sofferenze patite *ex se* con l'occupazione illegittima, non essendo necessario fornire la prova del concreto pregiudizio patito²⁷².

Questo orientamento non è stato però seguito dalla giurisprudenza successiva, la quale ha invece escluso in modo categorico che la previsione contenuta nell'art. 42 *bis* comporti l'automatica attribuzione dell'indennizzo a

²⁷⁰ Corte dir. uomo, 30 ottobre 2003, *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*; Corte dir. uomo, 11 dicembre 2003, *Carbonara e Ventura c. Italia*; Corte dir. uomo, 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia*; Corte dir. uomo, 12 luglio 2011, *Macri e altri c. Italia*; Corte dir. uomo, 14 gennaio 2014, *Pascucci c. Italia*.

²⁷¹ TAR Puglia, Bari, sez. III, 2 febbraio 2012, n. 370; contro si veda TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 25 gennaio 2010, n. 52.

²⁷² TAR Puglia, Bari, sez. III, 22 febbraio 2012, n. 22.

titolo di danno non patrimoniale in favore del proprietario²⁷³.

Di conseguenza, il proprietario spossessato del bene, per ottenere l'indennizzo del danno non patrimoniale, è tenuto a rispettare il principio della domanda di parte, nella quale deve indicare le prove a fondamento della sua richiesta. L'indennizzo, quindi, è condizionato all'accertamento della dell'esistenza del pregiudizio e dell'esistenza di un nesso di causalità tra il comportamento illecito dell'amministrazione e il pregiudizio patito dal privato.

L'art. 42 *bis*, infine, prevede che al proprietario venga riconosciuto un risarcimento per il periodo di occupazione illegittima. Il risarcimento è quantificato nella somma pari al cinque per cento del valore venale del bene, salvo che risulti la prova di una diversa entità.

4.3. Ulteriori aspetti rilevanti dell'art. 42 bis.

Proseguendo con l'esame dell'art. 42 *bis*, vi sono altri aspetti della nuova disposizione che devono assolutamente essere trattati.

Un primo aspetto di particolare novità è la previsione della non retroattività dell'istituto, infatti, il primo comma dell'art. 42 *bis* prevede che il provvedimento che dispone l'acquisto della proprietà abbia efficacia *ex nunc*: pertanto, esso non retroagisce al tempo in cui ha avuto inizio l'occupazione illecita; sembra chiaro che con questa previsione il legislatore abbia voluto fugare i dubbi sollevati dalla dottrina e dalla giurisprudenza nella vigenza del precedente art. 43.

La previsione della non retroattività dell'acquisizione pone, inoltre, in una nuova luce la recente fattispecie perché l'applicazione non retroattiva della disposizione sostanzialmente priva la fattispecie della componente sanante, tanto che sembra improprio parlare ancora di acquisizione sanante²⁷⁴.

L'art. 42 *bis* quindi, in rottura con il precedente art. 43, prevede un procedimento nuovo che non sana un precedente illecito²⁷⁵, ma persegue una autonoma finalità ablatoria nel rispetto delle disposizioni previste dalla legge.

Altra novità di particolare rilievo è la previsione contenuta nella seconda parte dell'art. 42 *bis*, dove si prevede che «*Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti di cui al primo periodo del presente comma (atti del procedimento di espropriazione), se l'amministrazione che ha adottato l'atto*

²⁷³ Cons. di Stato, sez. IV, 20 dicembre 2013, n. 6164.

²⁷⁴ G. RICCHIUTO, *L'art. 42 bis, cit.*, p. 77; M. BORGO, M. MORELLI, *L'acquisizione e l'utilizzo di immobili da parte della P.A.*, 2012, p. 278.

²⁷⁵ Trib. acque pubb., 14 marzo 2012, n. 44, in *Nuovo dir. amm.*, 2012, I, p. 71.

impugnato lo ritira. In tali casi, le somme eventualmente già erogate al proprietario a titolo di indennizzo, maggiorate dell'interesse legale, sono detratte da quelle dovute ai sensi del presente articolo». Questa nuova disposizione, unita al fatto che nell'art. 42 *bis* non è stata riproposta l'acquisizione c.d. giudiziale prevista nel precedente art. 43, ci conferma che nella nuova visione del legislatore i rapporti tra il potere amministrativo di acquisizione e il processo amministrativo si pongono in termini di autonomia²⁷⁶; però, anche se viene inibito all'amministrazione di far emergere sul piano processuale l'interesse pubblico all'acquisizione, la nuova disposizione le conferma il potere discrezionale di disporre l'acquisizione «*anche durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento*».

Per quanto riguarda i rapporti tra l'azione risarcitoria, i poteri di condanna del giudice e la successiva attività amministrativa, anche se l'art. 42 *bis* non ripropone il contenuto dei commi 2 e 3 dell'art. 43, la giurisprudenza ritiene che il giudice amministrativo, in conformità dei principi desumibili dall'interpretazione sistematica dell'art. 42 *bis* e data la possibilità insita nel principio di atipicità delle pronunce di condanna, ex art. 34, comma 1, lett. c), cod. proc. amm., possa formulare una sentenza che non pregiudichi la possibilità per l'amministrazione di acquisire il bene ai sensi dell'art. 42 *bis*²⁷⁷.

Nel terminare l'esame dell'art. 42 *bis*, è importante soffermarsi seppur brevemente sull'ambito di applicazione della norma: analogamente a quanto previsto nel precedente art. 43, la disposizione trova applicazione anche in relazione ai terreni utilizzati per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata o convenzionata (comma 5). Questa previsione ripropone quanto previsto dalla legge n. 458 del 1988, la quale, si ricorda, aveva applicato la regola pretoria dell'occupazione acquisitiva proprio al settore dell'edilizia residenziale pubblica.

La previsione contenuta nel comma 5 differisce dalla disciplina generale, in quanto prevede che l'emissione del provvedimento sia di competenza dell'autorità che ha occupato il terreno e che l'indennizzo per il danno non patrimoniale sia pari, non più al dieci per cento, ma al venti per cento del valore venale del bene.

Il comma 6 dell'art. 42 *bis*, inoltre, estende l'ambito di applicazione della norma, in quanto compatibile, anche quando è imposta una servitù e il bene

²⁷⁶ Cons. di Stato, sez. IV, 16 marzo 2012, n. 1514, in *Nuovo dir. amm.*, 2012, I, p. 73.

²⁷⁷ Cons. di Stato, sez. IV, 16 marzo 2012, n. 1514; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 11 giugno 2014, n. 1487.

continua a essere utilizzato dal proprietario o dal titolare di altro diritto reale. In questi casi, la norma prevede che l'amministrazione «con oneri a carico dei soggetti beneficiari, può procedere all'eventuale acquisizione del diritto di servitù al patrimonio dei soggetti, privati o pubblici, titolari di concessioni, autorizzazioni o licenze o che svolgono servizi di interesse pubblico nei settori dei trasporti, telecomunicazioni, acqua o energia».

Il comma 7 dell'art. 42 *bis* dispone che l'atto di acquisizione deve essere comunicato alla Corte dei Conti entro trenta giorni dalla sua adozione.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 42 *bis* detta una disciplina transitoria, disponendo che la norma trova applicazione anche rispetto ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore, anche se è stato già adottato un atto di acquisizione poi ritirato o annullato. Si precisa, inoltre, che in quest'ultimo caso l'amministrazione deve procedere ad una nuova comparazione degli interessi coinvolti e che le somme già erogate devono essere detratte dalle somme dovute ai sensi del comma 3 dell'art. 42 *bis*; la disposizione presenta due importanti aspetti di novità: la previsione della retroattività dell'art. 42 *bis* e la previsione della compensazione tra le somme percepite e somme da erogare.

5. Giurisdizione: cenni.

Il nuovo art. 42 *bis*, nel prevedere, quale ristoro per l'acquisizione del bene, l'indennizzo in luogo del risarcimento, ci offre l'occasione per affrontare il complesso tema del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario in materia espropriativa in generale, e in materia di acquisizione coattiva in particolare.

Il combinato disposto dell'art. 53 T.u. espr. con l'art. 133, comma 1, lett. g), cod. proc. amm., devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti in materia di espropriazione per pubblica utilità, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti le indennità.

Le problematiche inerenti la giurisdizione devono essere affrontate alla luce delle ben note sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006²⁷⁸, nelle quali la Consulta affronta e risolve l'annoso problema della giurisdizione nelle ipotesi di comportamenti delle pubbliche amministrazioni.

Il nucleo centrale della questione è proprio il significato del termine «*comportamenti*», sul quale la Corte ha avuto modo di interrogarsi in occasione del giudizio di costituzionalità relativo all'art. 34, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80.

²⁷⁸ Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204; Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191.

Con l'art. 34 citato, il legislatore ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la giurisdizione sulle controversie inerenti «*atti, provvedimenti e comportamenti*» della pubblica amministrazione in materia di edilizia e urbanistica; in questo caso, il legislatore fa un uso del termine «*comportamenti*» piuttosto atecnico, nel senso che la previsione mira ad ampliare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a tutte le controversie relative alla materia in oggetto, operando come una specie di clausola di chiusura della disciplina²⁷⁹.

Con la sentenza n. 204 del 2004, la Corte, con una pronuncia manipolativa, ha espunto il termine «*comportamenti*» dal testo dell'art. 34 e ha fornito una corretta interpretazione dell'art. 103 Cost., ritenendo che il potere del legislatore di devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie inerenti diritti soggettivi, «*non sia né assoluto né incondizionato, ma deve sempre considerare la natura delle posizioni giuridiche coinvolte*».

La Corte ha ritenuto necessario che le «*particolari materie*» appartengano alla stessa natura delle questioni devolute alla giurisdizione generale di legittimità; e ciò significa che deve trattarsi di ipotesi in cui la pubblica amministrazione agisca in veste di autorità, non essendo sufficiente che il soggetto agente sia un soggetto pubblico oppure che l'attività sia svolta in nome dell'interesse pubblico.

Dal dispositivo e dalla motivazione della sentenza si evince che la giurisdizione esclusiva sui «*comportamenti*» in materia urbanistica e di edilizia è illegittima se estesa alle controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita, neanche mediamente, alcun potere pubblico²⁸⁰.

La sentenza n. 204 del 2004 non si è pronunciata in merito al testo unico in materia di espropriazioni, il quale, nell'art. 53, riproduceva la disposizione ex art. 34 d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, ma i principi affermati nella sentenza n. 204 hanno trovato successivamente applicazione anche in materia di espropriazioni, grazie alla sentenza n. 191 del 2006.

Con questa sentenza, la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 53 nella parte in cui, «*devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a «i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati», non esclude i comportamenti non*

²⁷⁹ S. BENINI, *I comportamenti della pubblica amministrazione: le occupazioni illegittime della P.A.*, in *I comportamenti della pubblica amministrazione, atti del convegno di Catania, 17 e 18 novembre 2006*, a cura di A. CARIOLA, G. D'ALLURA, F. FLORO, Torino, 2007, p. 23.

²⁸⁰ S. BENINI, *I comportamenti della pubblica amministrazione*, cit., p. 23.

riconducibili, nemmeno mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere».

Alla luce di tale conclusione, la dottrina e la giurisprudenza hanno messo in evidenza la distinzione operata dalla Corte tra comportamenti meri e comportamenti amministrativi sul piano applicativo e sono pervenute alla conclusione che, riguardo alle occupazioni illegittime, la giurisdizione esclusiva trovi giustificazione solo in riferimento all'occupazione appropriativa, mentre per l'occupazione usurpativa, non potendo queste essere ricondotte all'esercizio del potere pubblico, devono essere ascritte alla giurisdizione del giudice ordinario²⁸¹.

Il problema del riparto di giurisdizione ha ripreso attualità con la disciplina dell'acquisizione coattiva ex art. 42 *bis*, laddove la norma, riproponendo, seppure con rilevanti novità, la disciplina delle utilizzazioni senza titolo di immobili da parte della pubblica amministrazione, ha eliminato le figure dell'occupazione appropriativa e dell'occupazione usurpativa, entrambe ormai ricomprese nella nuova fattispecie²⁸².

Alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 191 e considerato quanto sopra detto, rimane da chiedersi se la giurisdizione esclusiva prevista nell'art. 133 cod. proc. amm. sia giustificabile.

A parere di chi scrive, non vi è dubbio che, nell'adottare l'atto di acquisizione, l'amministrazione non sempre eserciti un potere pubblico, nel caso di specie, infatti, all'amministrazione è consentito acquistare il diritto di proprietà sia nelle ipotesi di assenza di un provvedimento di esproprio o di un provvedimento dichiarativo della pubblica utilità, sia nelle ipotesi di annullamento degli stessi o del vincolo preordinato all'esproprio.

È pacifico che nelle ipotesi di invalidità del decreto di esproprio o della dichiarazione di pubblica utilità ricorra un'ipotesi di cattivo uso del potere che giustifica la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, perché comunque al momento della loro adozione c'era pur sempre un potere, lo stesso non può dirsi quando manchino del tutto la dichiarazione di pubblica utilità o il vincolo preordinato all'esproprio. In questi casi si versa in un'ipotesi di carenza di potere, perché l'utilizzazione dell'immobile non è riconducibile all'esercizio di un potere pubblico.

Orbene, una simile interpretazione, conforme alle sopra citate sentenze

²⁸¹ S. BENINI, *I comportamenti della pubblica amministrazione*, cit., p. 23; A. PORPORATO, *Comportamenti della pubblica amministrazione «finalizzati» alla realizzazione dell'interesse pubblico: ambito di giurisdizione esclusiva*, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. 3103.

²⁸² Cons. di Stato, Ad. Gen., parere 29 marzo 2001, n. 4; Cons. di Stato, sez. IV, 15 febbraio 2013, n. 914; Cons. di Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3346.

della Corte, crea notevoli problemi applicativi, perché dà rilievo alla diversa natura del vizio che non trova nessun conforto nella legge.

Ciò nonostante, questo è un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza amministrativa, la quale devolve *«alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie nelle quali si faccia questione - naturalmente anche ai fini complementari della tutela risarcitoria - di attività di occupazione e trasformazione di un bene conseguenti ad una dichiarazione di pubblica utilità e con essa congruenti, anche se il procedimento all'interno del quale sono state espletate non sia sfociato in un tempestivo atto traslativo ovvero sia caratterizzato dalla presenza di atti poi dichiarati illegittimi costituendo ormai ius receptum l'appartenenza alla giurisdizione del g.a. delle domande di risarcimento di tutti i danni patiti in conseguenza dell'illegittima apprensione di terreni privati ad eccezione delle sole occupazioni riconducibili a "mere vie di fatto", anche quindi in ipotesi di occupazione originariamente legittima ma divenuta illecita per effetto della perdita di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, circostanza che concreta un illecito di carattere permanente»*²⁸³.

Altro tema che incide sul riparto di giurisdizione è la previsione dell'indennizzo in luogo del risarcimento danno come ristoro per il proprietario per i danni subiti dall'occupazione illegittima.

Come è noto, l'art. 53, comma 2, T.u. Espr., dispone che *«resta ferma la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa»*, la medesima disposizione è poi riproposta nell'art. 133, comma 1, lett g), cod. proc. amm.

Alla luce di queste ultime disposizioni, si evince che per le controversie riguardanti l'indennizzo la giurisdizione sia del giudice ordinario; la soluzione, ovvia applicando la lettera della legge, non è però del tutto pacifica.

Una parte della giurisprudenza sostiene che con la previsione dell'indennizzo il legislatore ha disposto un mutamento della pretesa, e pertanto la giurisdizione viene trasferita al giudice ordinario²⁸⁴; secondo un altro

²⁸³ Cons. di Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3346; Cons. di Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 2584.

²⁸⁴ Cons. di Stato, sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1438, sostiene che *«Nella specie, nel corso del secondo grado del giudizio non si è verificato un mutamento della normativa sulla giurisdizione (mutamento che sarebbe stato di per sé irrilevante, in applicazione del principio della perpetuatio iurisdictionis), ma va constatato un mutamento (disposto dalla legge) della causa petendi della pretesa, riferibile non più ad un fatto illecito del soggetto occupante, ma alla corresponsione dell'indennizzo a fronte del provvedimento che – adeguando la situazione di fatto a quella di diritto – ha qualificato il possessore*

orientamento, invece, il cambiamento è meramente nominale, non essendo mutato il contesto normativo, pertanto la giurisdizione è del giudice amministrativo²⁸⁵ perché, l'indennizzo «*non è proiettato al futuro in vista dell'ablazione del bene e salva la possibilità di cessione volontaria, ma al contrario appare tutto ripiegato sull'illecito pregresso, nell'obiettivo di eliderne le conseguenze pregiudizievoli per la sfera giuridica dell'ablato, id est, il danno*».

La pronuncia non può essere condivisa, perché, sebbene la previsione dell'indennizzo in luogo del risarcimento costringe il privato ad una «*staffetta*» tra giudice ordinario e giudice amministrativo, la norma è chiara e non sembrano possano esservi dubbi che, nelle ipotesi di acquisizione ex art. 42 *bis*, ai fini della giurisdizione, si debba distinguere a seconda che la censura mossa dal privato sia rivolta all'atto di acquisizione, e quindi al prodursi dell'effetto traslativo, oppure contesti la quantificazione dell'indennizzo.

Si aggiunga anche che l'indennizzo è dovuto al privato come rimborso per la perdita del diritto di proprietà, e non per l'occupazione subita, per la quale invece ha diritto ad un risarcimento; la previsione dell'indennizzo in luogo del risarcimento garantisce, inoltre, l'uniformità delle discipline tra il nuovo istituto e l'espropriazione ordinaria²⁸⁶.

6. Prime applicazioni giurisprudenziali dell'art. 42 *bis*.

Durante l'analisi del nuovo art. 42 *bis*, si è più volte fatto ricorso alla recente giurisprudenza per ricostruire l'istituto, in questa fase della trattazione, si ritiene però necessario soffermarsi ancora una volta su alcune pronunce del giudice amministrativo, al fine di approfondire ulteriormente i contenuti della nuova disposizione.

Questo ulteriore approfondimento è fondamentale per affrontare l'ultima parte di questa trattazione, dove ci interrogheremo sulla legittimità costituzionale dell'art. 42 *bis* e sulla natura della procedura ivi disciplinata; questo aspetto ci condurrà, quindi, al tema giusto procedimento.

Come si è visto, l'art. 42 *bis* ha reintrodotto l'istituto dell'occupazione coattiva dell'immobile utilizzato dall'amministrazione per scopi di interesse pubblico, prima previsto nell'art. 43; la norma trova applicazione espressamente anche per i fatti anteriori alla sua entrata in vigore e, quindi, ha valore retroattivo.

Secondo la costante giurisprudenza, l'amministrazione ha l'«*obbligo*

come titolare del diritto di proprietà». TAR Molise, Campobasso, sez. I, 6 maggio 2014, n. 293.

²⁸⁵ Cons. di Stato, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993.

²⁸⁶ TAR Molise, Campobasso, sez. I, 6 maggio 2014, n. 293.

giuridico» di far venir meno l'occupazione *sine titulo* e, quindi, di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto²⁸⁷, questo vuol dire che l'amministrazione che ha occupato un'area privata senza titolo è obbligata a perseguire una delle strade previste dall'ordinamento.

All'amministrazione si presentano soltanto due alternative: la restituzione del bene al privato, previa demolizione delle opere costruite per ripristinare lo *status quo ante*, oppure fare in modo di avere un titolo di acquisto delle aree interessate dall'occupazione, ovvero emettere un provvedimento di acquisizione, ex art. 42 bis; come ha precisato la giurisprudenza, *tertium non datur*²⁸⁸.

Da quanto esposto discende che l'amministrazione non può far permanere la situazione di illegittimità, ma deve necessariamente far uso degli strumenti giuridici previsti nell'ordinamento per formalizzare l'acquisto del bene, oppure rinunciarvi definitivamente e restituirlo al proprietario.

Quando prevalgono le fondamentali esigenze di interesse pubblico, è evidente che l'amministrazione sarà determinata a mantenere l'utilizzo del bene occupato.

Per l'acquisto del diritto di proprietà, però, l'ordinamento fornisce all'amministrazione anche altri strumenti oltre all'adozione di un provvedimento acquisitivo ex art. 42 bis: tra questi, l'accordo tra le parti (ossia il contratto oppure l'accordo di diritto pubblico ex art. 11, legge n. 241 del 1990), il procedimento di esproprio e, infine, l'usucapione. La realizzazione dell'opera pubblica, infatti, è un mero fatto, non idoneo a costituire il titolo di acquisto del diritto²⁸⁹.

È bene precisare che l'esistenza di scelte alternative rileva soprattutto ai fini dell'esercizio del potere discrezionale di acquisizione ex art. 42 bis. Infatti, si rammenta che in questi casi l'amministrazione è tenuta a dare conto nella motivazione delle circostanze che l'hanno condotta all'utilizzazione e le ragioni attuali ed eccezionali di interesse pubblico che giustificano l'acquisizione, nonché l'assenza di altre valide alternative.

Pertanto, tra le scelte vi è una sorta di ordine di priorità, che però non sono classificabili perché l'ordinamento non ci fornisce elementi che ci siano di aiuto: si può forse far ricorso ai principi di buona amministrazione e pensare che per

²⁸⁷ Cons. di Stato, sez. IV, 20, dicembre, 2013, n. 6164; Cons. di Stato, sez. IV, 10 maggio 2013, n. 2559; TAR Campania, Napoli, sez. V, 14 ottobre 2013, n. 4609; TAR Molise, Campobasso, sez. I, 6 maggio 2014, n. 293.

²⁸⁸ Cons. di Stato, sez. IV, 20, dicembre, 2013, n. 6164.

²⁸⁹ Cons. di Stato, sez. IV, 16 settembre 2011, n. 5230.

l'amministrazione la strada dell'accordo sia preferibile come prima scelta, perché più celere e perché ridurrebbe notevolmente il rischio di contenzioso. Ove ciò non sia possibile, l'amministrazione può sempre fare ricorso all'ordinario procedimento di espropriazione, ovvero, secondo alcuni, può acquistare la proprietà per usucapione.

In merito a quest'ultima possibilità, è necessario fare alcune precisazioni: l'usucapione, come noto, è un istituto civilistico che consente l'acquisto del diritto di proprietà in seguito al possesso, non violento e non clandestino, continuato per un periodo di vent'anni, ex art. 1158 cod. civ..

L'usucapibilità dei beni immobili occupati dalla pubblica amministrazione non è però pacificamente ammessa, nonostante una parte della giurisprudenza amministrativa l'abbia consentita, elevandola a regola di «*chiusura del sistema*», per evitare che l'azione di restituzione sia perennemente proponibile²⁹⁰, si ritiene che l'occupazione illegittima sia incompatibile con l'usucapione, alla luce della nozione di violenza del possesso, che ne preclude l'applicabilità. L'utilizzazione dell'immobile *sine titolo* non è, quindi, idonea ad integrare il requisito del possesso utile ai fini dell'usucapione, perché, altrimenti, si finirebbe con l'ammettere una nuova forma di espropriazione indiretta²⁹¹.

Solo nell'ipotesi in cui queste valide alternative non siano praticabili, la pubblica amministrazione potrà adottare un provvedimento acquisitivo ex art. 42 *bis.*, che quindi attribuisce all'autorità un nuovo potere amministrativo il quale, nell'ambito dei poteri ablatori, si presenta come un nuovo modello di espropriazione semplificato²⁹².

L'atto acquisitivo dell'amministrazione si configura quindi come un nuovo potere discrezionale e per questo motivo, può essere emanato anche in presenza di una sentenza passata in giudicato che abbia annullato il provvedimento che costituiva il titolo per l'utilizzazione dell'immobile da parte della pubblica amministrazione²⁹³.

Il giudicato di annullamento non esaurisce, infatti, il potere amministrativo di acquisizione, perché esso è sorto sull'atto annullato e non sul rapporto tra privato e pubblica amministrazione, pertanto, l'amministrazione può adottare l'atto di acquisizione fintanto che permane lo stato di utilizzazione illegittima del bene del privato.

²⁹⁰ TAR Lazio, Roma, sez. II bis, 2 ottobre 2009, n. 9557.

²⁹¹ Cons. di Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3346.

²⁹² TAR Molise, Campobasso, sez. I, 6 maggio 2014, n. 293.

²⁹³ Cons. di Stato, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 27 marzo 2014, n. 1812.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, il nuovo procedimento semplificato si giustifica alla luce della prevalenza dell'interesse pubblico, in seguito alla comparazione di esso con gli altri interessi contrapposti; l'attualità e l'eccezionalità dell'interesse, quindi, giustificerebbero il nuovo procedimento espropriativo e, quindi, la sua procedura semplificata.

Per questo motivo, secondo la giurisprudenza, con l'adozione del provvedimento acquisitivo, pur non trasformandosi l'occupazione pregressa in attività legittima, si realizza un nuovo modo di acquisto coattivo della proprietà sufficientemente chiaro, preciso e prevedibile e, per questo, compatibile con l'art. 1, primo Prot. CEDU²⁹⁴.

7. Prime conclusioni.

Dopo l'approfondito esame dell'art. 42 *bis* T.u. Espr., possiamo trarre le prime osservazioni che precedono la conclusione di questa trattazione.

Con la disciplina dell'occupazione acquisitiva, il legislatore ha finalmente disciplinato la prassi delle occupazioni illegittime della pubblica amministrazione, non c'è dubbio che la norma è stata influenzata dalla giurisprudenza della Corte EDU e che l'obiettivo del legislatore sia quello di preservare uno spazio di privilegio in favore della pubblica amministrazione, senza incorrere in nuove censure.

Sicuramente la scelta del legislatore di approvare una disciplina giuridica specifica va accolta con favore. Non si può, infatti negare che con l'art. 42 *bis* il legislatore abbia riportato l'esercizio del potere pubblico nell'ambito del diritto amministrativo, perché l'attività amministrativa della comparazione degli interessi si realizza nel provvedimento.

Proprio questo aspetto, però, pone in una nuova logica l'istituto dell'occupazione acquisitiva, perché riporta il provvedimento alla sua natura tradizionale, quale strumento principale della pubblica amministrazione per realizzare la comparazione degli interessi contrapposti.

L'acquisto della proprietà da parte della pubblica amministrazione è, quindi, una decisione amministrativa assunta a fronte di un concreto assetto di interessi, che può aver luogo anche come decisione autoritativa.

Se, quindi, la scelta del legislatore è da una parte apprezzabile, dall'altra essa non è priva di criticità; in particolare, si fa riferimento alle oggettive difficoltà ad accettare un istituto che si caratterizza sicuramente per alcuni

²⁹⁴ Cons. di Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3346; Cons. di Stato, sez. IV, 16 settembre 2011, n. 5230. TAR Molise, Campobasso, sez. I, 6 maggio 2014, n. 293.

aspetti positivi, ma anche per gli ampi aspetti di biasimo.

Il fatto che l'art. 42 *bis* si atteggi a strumento che garantisce alla pubblica amministrazione un'ampia libertà di azione senza nessuna interrelazione con i privati proprietari, oltre al fatto che la disposizione non prevede linee direttrici chiare che guidino la scelta amministrativa, giustificano, infatti, i dubbi sulla legittimità dell'istituto.

CAPITOLO IV

L'occupazione acquisitiva e il principio del giusto procedimento

1. Le criticità della disciplina dell'occupazione acquisitiva.

Come si è visto nel precedente capitolo, il nuovo art. 42 *bis* prevede che l'amministrazione possa acquisire un bene immobile del privato al proprio patrimonio indisponibile, riconoscendo al proprietario il diritto ad un indennizzo; l'atto di acquisizione deve essere adottato previa valutazione degli «*interessi in conflitto*», e per questo motivo l'amministrazione deve indicare nella motivazione le «*attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione*».

L'obbligo di motivazione imposto all'amministrazione è di notevole importanza, perché le impone di dare atto delle concrete ragioni che la spingono all'acquisizione del bene, non avendo essa altre valide alternative.

L'atto di acquisizione si presenta come un nuovo provvedimento, che costituisce il titolo di acquisto del diritto di proprietà²⁹⁵; secondo la giurisprudenza maggioritaria, il passaggio della proprietà non consegue all'affermazione di una situazione di fatto conclamata, ma all'acquisto del diritto dominicale nel rispetto del principio di legalità e della legislazione vigente, nonché della giurisprudenza della Corte EDU²⁹⁶.

In effetti, le novità presenti nell'art. 42 *bis* si pongono proprio l'obiettivo di eliminare definitivamente i dubbi di legittimità che aleggiavano intorno all'art. 43, tradizionalmente concepito come uno strumento finalizzato a regolarizzare l'occupazione illegittima, conformando l'azione amministrativa ai canoni di liceità. La nuova disciplina, in particolare, non consentendo l'efficacia retroattiva dell'atto di acquisizione, priva la fattispecie della sua componente sanante, tanto che la dottrina ritiene improprio parlare ancora di acquisizione sanante²⁹⁷.

²⁹⁵ F. TEDESCHI, *L'art. 42 bis del Testo unico delle espropriazioni e la possibilità per il privato di rinunciare (implicitamente) al proprio diritto di proprietà sul fondo illegittimamente occupato dall'amministrazione*, in *Riv. giur. edilizia*, 2013, III, p. 446.

²⁹⁶ Cons. di Stato, sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1438; Trib. acque pubbl., 14 marzo 2012, n. 44, in *Nuovo dir. amm.*, 2012, I, p. 71; TAR, Abruzzo, Aquila, sez. I, 15 marzo 2012, n. 168; TAR Molise, Campobasso, 6 maggio 2014, n. 293.

²⁹⁷ G. RICCHIUTO, *L'art. 42 bis del T.U. Espropriazioni sotto i riflettori della giurisprudenza amministrativa*, in *Nuovo dir. amm.*, 2012, I, p. 77; M. BORGO, M. MORELLI, *L'acquisizione e l'utilizzo di immobili da parte della P.A.*, Milano, 2012, p. 278.

Il risultato è che il meccanismo acquisitivo risulta diviso in due momenti: uno relativo all'utilizzazione senza titolo del bene, ed integrante un mero comportamento, e l'altro, relativo all'acquisizione dello stesso, frutto di un'attività amministrativa; pertanto i due momenti integrano fatti diversi: il primo un fatto illecito, il secondo un fatto lecito.

La riprova si rinviene nel fatto che l'art. 42 *bis* riconosce espressamente al privato il dritto, in relazione ai due eventi, ad un risarcimento e ad un indennizzo, la cui diversa terminologia, si ribadisce, evoca il venir meno della natura illecita dell'occupazione per effetto dell'atto di acquisizione.

Il fine dell'art. 42 *bis*, quindi, è di introdurre una disciplina di rango legislativo, idonea a riportare nell'alveo della legalità i comportamenti illeciti della pubblica amministrazione caratterizzati dalla occupazione di suoli privati, che appunto si realizza senza il rispetto della procedura di espropriazione.

Nonostante nella disposizione si rinvergono molti aspetti che abbiamo giudicato positivamente nel corso della trattazione, alcuni presupposti previsti nell'art. 42 *bis* per l'adozione dell'atto di acquisizione ci inducono ad interrogarci ancora una volta sulla conformità della disposizione alla riserva di legge prevista nell'art. 42 Cost. e ai principi elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

In questa fase conclusiva è, quindi, necessario approfondire alcuni aspetti di criticità ancora presenti nell'art. 42 *bis*: prima fra tutte la possibilità per l'amministrazione di adottare l'atto di acquisizione quando manchi o sia stata annullata la dichiarazione di pubblica utilità, nonché quando sia stato annullato il vincolo preordinato all'esproprio.

Data la rilevanza dei predetti atti nell'ambito del procedimento espropriativo, non è eccessivo pensare che in questi casi si corre il serio rischio che vengano realizzate opere pubbliche prive di pubblica utilità.

Nonostante la giurisprudenza sostenga che l'atto di acquisizione assorbe in sé la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera²⁹⁸, non è dato capire come il diritto soggettivo possa essere trasferito dal privato alla pubblica amministrazione in una obiettiva situazione di carenza di potere, questa è infatti, una grossa deroga ai principi che governano l'esercizio del tradizionale potere ablatorio, perché si prescinde dal rispetto della legislazione urbanistica ed espropriativa.

Il fatto che il vincolo preordinato all'esproprio e la dichiarazione di pubblica utilità rispondono allo specifico scopo di individuare in quali aree le opere

²⁹⁸ Cons. di Stato, sez. IV, 16 settembre 2011, n. 5230.

pubbliche dovranno essere costruite significa che con questi atti si procede all'individuazione dei bisogni della collettività e, quindi, all'individuazione dell'interesse pubblico²⁹⁹.

Un ulteriore aspetto che ci rende critici nei confronti della disposizione in commento, come si vedrà nei prossimi paragrafi, è la mancanza di un procedimento amministrativo e delle sue garanzie, quale fondamento dell'attività amministrativa.

2. Il principio del giusto procedimento.

Il principio del giusto procedimento, soprattutto rispetto al profilo partecipativo, trova fondamento nell'art. 97, comma 2, Cost., il quale, nel prevedere che *«i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione»*, si pone come criterio guida dell'attività amministrativa, nonché quale espressione del canone di buona amministrazione.

La disposizione, nel prevedere, sebbene in modo implicito, il principio di legalità dell'attività amministrativa, essenzialmente sancisce che il buon andamento e l'imparzialità possono essere garantiti solo se l'atto amministrativo è stato adottato al termine di un procedimento disciplinato dalla legge.

La dignità del principio del giusto procedimento quale principio costituzionalizzato trova fondamento anche nelle fonti comunitarie: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza), nell'art. 41, espressamente riconosce ad ogni individuo il diritto *«di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio»*; il principio, assieme al diritto all'accesso agli atti e all'obbligo della amministrazione di motivare le sue decisioni, rientra fra i diritti ad una buona amministrazione garantiti Carta.

Si ricorda che l'art. 6 del Trattato UE, in seguito alle modifiche operate dal Trattato di Lisbona, ha previsto che la Carta di Nizza acquisisce lo stesso valore giuridico dei Trattati, questo implica che il principio del giusto procedimento ivi previsto conosce una nuova costituzionalizzazione nell'ambito del diritto comunitario.

Il principio del giusto procedimento si rinviene anche nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la quale, pur non prevedendo un precisa

²⁹⁹ R. RAVASIO, *L'«acquisizione sanante» ovvero un rimedio emergenziale da utilizzare cum gramo salis*, in *Giur. merito*, 2009, p. 3122.

disposizione, impone agli Stati membri di garantire la partecipazione dei cittadini al procedimento amministrativo, nonché l'accesso ai documenti rilevanti³⁰⁰. Infatti, la ormai consolidata giurisprudenza della Corte EDU, grazie ad una interpretazione estensiva del principio del giusto processo sancito nell'art. 6 della Convenzione, vede nel procedimento amministrativo la sede anticipata per la tutela dei diritti processuali e, quindi, del giusto processo³⁰¹, nonché la sede deputata a garantire l'imparzialità dell'amministrazione, la partecipazione degli interessati e il contraddittorio tra le parti.

Nel diritto interno, il principio del giusto procedimento come principio costituzionale è una recente conquista, destinata, si spera, a superare le reticenze della giurisprudenza e della dottrina, che da tempo definiscono il principio come «*un principio generale dell'ordinamento giuridico*»³⁰², negandogli rango costituzionale.

Il problema della rilevanza costituzionale del principio del giusto procedimento è materia di ampi studi e, nonostante la previsione di una disciplina legislativa specifica, il suo inquadramento nell'ambito delle disposizioni costituzionali non sempre è stato condiviso³⁰³.

Già la legge abolitrice del contenzioso amministrativo (l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E), nell'art. 3, aveva consentito alle parti del procedimento di presentare deduzioni e osservazioni prima dell'adozione del procedimento da parte della pubblica amministrazione. La norma era di portata generale, sebbene la giurisprudenza ne avesse dato una interpretazione restrittiva, limitando di fatto la partecipazione solo nei procedimenti per cui la legge espressamente prevedeva una speciale disciplina.

La previsione del giusto procedimento come principio generale trova la sua consacrazione con l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241, la

³⁰⁰ S. MIRATE, *The right to be heard: equa riparazione e giusto procedimento amministrativo nella giurisprudenza CEDU*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 542; G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2000, p. 25.

³⁰¹ Corte dir. uomo, 28 maggio 2002, *Kingsley v. United Kingdom*.

³⁰² Corte cost. 20 marzo 1978, n. 23, in *Giur. cost.*, 1978, p. 468; Corte cost. 2 marzo 1962, in *Giur. cost.*, 1962, I, p. 26.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, p. 41.

³⁰³ G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998, p. 25; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, nota a Corte cost. 2 marzo 1962, n. 13, in *Giur. cost.*, 1962, I, p. 26; M. C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento amministrativo come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001, p. 1829; F. CASTIELLO, *Il principio del giusto procedimento. Dalla sentenza n. 3 del 1962 alla sentenza n. 104 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, I, p. 269; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, II, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA, Bologna, 1993, p. 1088.

quale dedica tutto il Capo III alla «*partecipazione al procedimento*». In funzione della partecipazione, è previsto l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento (art. 7,) nonché la facoltà degli interessati di intervenire per esprimere le proprie ragioni nel procedimento (art. 7 e 9); a questi soggetti, l'art. 10 riconosce, infatti, il diritto a prendere visione degli atti e il diritto a depositare memorie e documenti.

Nonostante la portata innovativa delle disposizioni, le quali si sono subito radicate nella prassi dell'attività amministrativa, la giurisprudenza ha continuato a negarne il rilievo costituzionale, riconoscendo nella legge 241 del 1990 uno strumento di orientamento per il legislatore e per l'interprete³⁰⁴.

A questa concezione si contrappone una moderna visione del procedimento, il quale, soprattutto dopo le significative modifiche apportate alla legge n. 241 dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, viene elevato dagli interpreti a diritto soggettivo avente rilevanza costituzionale³⁰⁵; tale concezione sembra trovare conferma nelle sentenze dell'Adunanza plenaria n. 14 del 1999 e della Corte costituzionale 19 marzo 2007, n. 104, ove, espressamente si legge che il principio del giusto procedimento deriva dai principi di buon andamento e di imparzialità.

La valorizzazione del procedimento amministrativo ci consente di individuare nel procedimento la sede ove ha luogo il corretto esercizio del potere pubblico ed il rispetto dei principi di democraticità. In questa sede, infatti, grazie alla partecipazione degli interessati, l'amministrazione è in grado di conoscere tutti gli interessi secondari idonei ad influire sulla valutazione degli interessi primari, per giungere infine all'adozione della giusta decisione amministrativa³⁰⁶.

Tradizionalmente, infatti, il principio del giusto procedimento viene inteso nella duplice accezione di modello tipico dell'esercizio della funzione amministrativa e di strumento finalizzato a garantire la partecipazione del privato allo svolgimento dell'azione amministrativa³⁰⁷. In particolare, all'interno del procedimento deve essere garantita la partecipazione del privato in modo che questi possa rappresentare quegli interessi destinati ad influire sulla scelta amministrativa finale³⁰⁸.

³⁰⁴ Corte cost. 19 marzo 1993, n. 103; Cons. di Stato, sez. VI, 24 agosto 1996, n. 1079.

³⁰⁵ F. CASTIELLO, *Il principio del giusto procedimento*, cit., p. 269.

³⁰⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 1990, n. 15; R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 290.

³⁰⁷ M. C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento amministrativo*, cit., p. 1829; F. CASTIELLO, *Il principio del giusto procedimento*, cit., p. 269.

³⁰⁸ F. CASTIELLO, *Il principio del giusto procedimento*, cit., p. 269; F. G.S COCA, S. TARULLO, *La metamorfosi dell'accessione invertita: l'atto di acquisizione di immobili*

In conclusione, oggi può affermarsi che il principio del giusto procedimento è un principio di rango costituzionale³⁰⁹ che trova il suo fondamento nell'art. 97, comma 2, Cost.; la sua previsione nella Carta di Nizza e il suo riconoscimento da parte della Corte EDU, inoltre, rafforzano la convinzione della sua costituzionalizzazione, dato l'obbligo per il legislatore di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.

Si aggiunga, infine, che la legge n. 241 del 1990 prevede nell'art. 1, comma 1, che l'attività amministrativa è retta, tra gli altri, dai principi dell'ordinamento comunitario, mentre, nell'art. 29, riconduce il principio del giusto procedimento ai livelli essenziali delle prestazioni; pertanto la relativa disciplina è di competenza esclusiva dello Stato.

3. Il principio del giusto procedimento espropriativo.

Il riconoscimento del rango costituzionale al principio del giusto procedimento, oltre ad inibire al legislatore qualsiasi intervento finalizzato ad escludere il procedimento nell'esercizio dell'attività amministrativa, ci permette di individuare gli istituti e le regole che costituiscono il contenuto minimo dello stesso³¹⁰.

In materia di espropriazione per pubblica utilità, il procedimento assume una veste del tutto particolare, perché in questo caso le garanzie del giusto procedimento sono strettamente collegate alla tutela della proprietà privata, costituzionalmente garantita.

L'art. 42, comma 2, Cost. prevede che la legge deve individuare i «casi» in cui si possa procedere ad espropriazione, ciò significa che è compito della legge attribuire il potere e definire le regole di comportamento che l'amministrazione deve rispettare³¹¹. La riserva di legge è prevista principalmente a garanzia del diritto di proprietà, e non soltanto per dettare i

utilizzati sine titolo, in *Riv. amm.*, 2001, p. 531.

³⁰⁹ F. CASTIELLO, *Il principio del giusto procedimento*, cit., p. 269, secondo l'autore «si può affermare con certezza che il principio del giusto procedimento, anche grazie agli apporti della l. n. 241 del 1990 e della l. di novella n. 15 del 2005 che ridondano sull'interpretazione dell'art. 97 Cost., è principio di rango costituzionale»; M. C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento amministrativo*, cit., p. 1829, sottolinea la necessità che «il principio del giusto procedimento, nella sua duplice portata, venga interpretato come principio costituzionale del nostro ordinamento, a garanzia di un corretto e imparziale svolgimento dell'attività amministrativa, ma soprattutto a tutela delle posizioni soggettive dei privati»; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 1088; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento*, cit.; F. SAITTA, *Verso un «giusto» procedimento espropriativo*, in *Dir. amm.*, 2013, IV, p. 627.

³¹⁰ F. SAITTA, *Verso un «giusto» procedimento*, cit., p. 627.

³¹¹ S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, 1986, p. 165.

principi guida per l'esercizio del potere ablativo³¹²; non si deve dimenticare che la procedura espropriativa è finalizzata ad imporre al privato il trasferimento coattivo del diritto di proprietà, quale risultato di un conflitto di interessi destinato a concludersi in favore dell'interesse pubblico³¹³.

Poiché con l'espropriazione si realizza un conflitto tra l'interesse pubblico e l'interesse privato, è necessario che il titolare del diritto dominicale possa rappresentare le proprie ragioni nel procedimento ablativo. Per questo motivo, la riserva di legge costituzionale deve essere letta in combinato disposto con l'art. 97 Cost.: dalle due disposizioni è possibile evincere che la partecipazione del proprietario nel procedimento espropriativo è lo strumento idoneo a tutelare l'interesse privato in conflitto con quello pubblico.

In questo modo si realizza quella che la dottrina definisce la «*prospettiva di un'amministrazione cooperativa*»³¹⁴. La partecipazione, infatti, è finalizzata a fornire alla pubblica amministrazione la conoscenza di tutti gli elementi utili all'esercizio del potere in modo che la scelta amministrativa sia quella che sacrifichi il minimo indispensabile l'interesse privato. Il proprietario, invero, è titolare di un interesse legittimo oppositivo che, nell'ambito del procedimento espropriativo, assume un contenuto sostanzialmente difensivo, finalizzato a mitigare i pregiudizi che possono derivare dall'espropriazione, se non addirittura conservare il bene della vita. Il procedimento amministrativo, quindi, è a pieno titolo uno strumento di garanzie del diritto di proprietà³¹⁵.

Entrando nel merito del procedimento espropriativo, fino all'entrata in vigore del testo unico n. 327 del 2001, una parvenza di disciplina era prevista prima nella legge abolitrice del contenzioso amministrativo e successivamente nella normativa specifica del 1971; entrambe le normative garantivano al privato la partecipazione al procedimento, consentendogli l'accesso agli atti, nonché la possibilità di presentare osservazioni.

In particolare, la legge abolitrice era vigente in un periodo in cui mancava una legislazione urbanistica, pertanto il procedimento espropriativo era il nucleo essenziale della disciplina degli immobili pubblici. Questo aspetto influiva sul contenuto del procedimento, il quale, si divideva in due fasi: un pre-procedimento, nel quale venivano individuate le aree destinate a costruzione pubblica e le relative opere, e una fase finale, nella quale veniva adottato il

³¹² S. MANGIAMELI, *La proprietà privata*, cit., p. 165.

³¹³ F. BOCCHINI, *Azione amministrativa "affittiva" e azione amministrativa "cooperativa" (il caso della c. d. occupazione acquisitiva)*, in *Foro amm.*, 2009, p. 287.

³¹⁴ F. BOCCHINI, *Azione amministrativa*, cit., p. 287.

³¹⁵ F. BOCCHINI, *Azione amministrativa*, cit., p. 287.

provvedimento di esproprio. Pertanto, mancando una legislazione urbanistica, l'attività svolta durante il pre-procedimento fungeva da vincolo preordinato all'esproprio e da dichiarazione di pubblica utilità³¹⁶.

Rispetto ai due momenti, la legge abolitrice garantiva la partecipazione con riferimento alla sola fase del procedimento che si concludeva con la dichiarazione della pubblica utilità dell'opera, consentendo al privato di partecipare prima ancora che l'amministrazione avesse individuato le aree da espropriare o l'opera da costruire³¹⁷.

Con la legislazione successiva il ruolo del procedimento espropriativo cambia soprattutto perché, con la legge 17 agosto 1942, n. 1150, l'ordinamento si dota di una legislazione in materia urbanistica, la quale assume un ruolo centrale in materia di espropriazione.

Con la nuova disciplina, infatti, il vincolo preordinato all'esproprio coincide con la approvazione del piano urbanistico generale; questa fase viene vista come una fase di programmazione rimessa esclusivamente alla scelta dell'amministrazione, pertanto nessun ruolo partecipativo viene riconosciuto al proprietario finché non viene avviato il procedimento espropriativo. Anche durante il procedimento però la partecipazione non sempre veniva garantita a causa della diffusa legislazione che prevedeva forme implicite di dichiarazione di pubblica utilità; la partecipazione, infatti, era ammessa esclusivamente in questa fase.

La giurisprudenza, al fine di risolvere il problema dell'assenza della partecipazione, sostenne che, in questi casi, il diritto di partecipazione doveva ritenersi posticipato al momento successivo all'approvazione del progetto e antecedente a quella dell'adozione del decreto di esproprio³¹⁸; in queste fasi però essa perdeva ogni utilità, giacché era ormai impossibile incidere sulla scelta amministrativa³¹⁹, a maggior ragione, qualora l'amministrazione procedeva alla radicale trasformazione del suolo e, quindi, all'acquisto del diritto di proprietà secondo la regola dell'occupazione acquisitiva.

La materia della partecipazione al procedimento espropriativo conosce una nuova era con l'avvento della legge n. 241 del 1990, in seguito alla quale la

³¹⁶ L. MARUOTTI, *Commento all'art. 1, T.u. espropriazione*, in *L'espropriazione per pubblica utilità*, a cura di F. CARINGELLA, G. DE MARZO, R. NE DICTOLIS, L. MARUOTTI, Milano, 2002, p. 73.

³¹⁷ L. MARUOTTI, *Commento all'art. 11, T.u. espropriazione*, in *L'espropriazione per pubblica utilità*, a cura di F. CARINGELLA, G. DE MARZO, R. NE DICTOLIS, L. MARUOTTI, Milano, 2002, p. 128.

³¹⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., 18 giugno 1986, n. 6.

³¹⁹ L. MARUOTTI, *Commento all'art. 1, cit.*, p. 73; F. SAITTA, *Verso un «giusto» procedimento*, cit., p. 627.

dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate sul rapporto tra la normativa sul procedimento e la disciplina previgente in materia di espropriazione, giungendo a riconoscere alla prima una funzione integratrice.³²⁰ La legge sul procedimento viene, quindi, intesa come una disciplina generale destinata a colmare le lacune eventualmente esistenti nelle discipline di settore.

Con l'entrata in vigore del testo unico in materia di espropriazione sarà però nuovamente necessario ridefinire i rapporti tra le norme in materia espropriativa e la legge generale sul procedimento amministrativo, soprattutto considerando che questo prevede una specifica disciplina della partecipazione per ogni fase del procedimento espropriativo.

Già l'art. 2 del testo unico, nel sancire il principio di legalità dell'azione amministrativa, condiziona il procedimento espropriativo al principio del giusto procedimento³²¹; questo aspetto, unito al fatto che la partecipazione beneficia di una specifica disciplina, dimostra che l'obiettivo del legislatore è quello di garantire al privato un ruolo attivo nella fase decisionale dell'azione amministrativa.

Il testo unico in materia di espropriazione, nell'art. 8, prevede tre fasi che precedono il decreto di esproprio: l'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio; l'approvazione del progetto definitivo dell'opera, da cui deriva la pubblica utilità della stessa; la determinazione dell'indennità di esproprio. Ebbene, per ogni fase il testo unico prevede espressamente una forma di partecipazione: rispettivamente, negli artt. 11, 15 e 17, 20. Ciò nonostante, si ritiene che alla luce della complessità del procedimento espropriativo, se ci si attiene alla sola lettera della legge, non possa dirsi rispettato il principio del giusto procedimento, perché le norme citate limitano il diritto di partecipazione al solo proprietario, escludendo tutti gli altri soggetti che dall'espropriazione finalizzata alla costruzione di un'opera pubblica possano subire un pregiudizio.

Si aggiunga, inoltre, che il procedimento espropriativo è molto complesso e si caratterizza per tutta una serie di sub procedimenti eventuali, dei quali è necessario che il proprietario prima di tutti ottenga notizia. Si fa riferimento alla proroga del termine e al rinnovo della dichiarazione della pubblica utilità (art. 13, comma 5), alla reiterazione dei vincoli espropriativi (art. 9) e all'occupazione d'urgenza (art. 22 *bis*), tutti casi in cui il testo unico non prevede la comunicazione di avvio al proprietario, che viene quindi pregiudicato nel suo

³²⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 1999, n. 15, ha affermato che le disposizioni previste nel Capo III della legge n. 241 del 1990 si applicano anche al procedimento espropriativo, a maggior ragione se la dichiarazione di pubblica utilità è implicita.

³²¹ F. SAITTA, *Verso un «giusto» procedimento*, cit., p. 627.

diritto alla partecipazione; nell'ipotesi di occupazione d'urgenza, inoltre, la partecipazione verrebbe preclusa del tutto³²².

Con riferimento a tutti questi casi, nonché al diritto di partecipazione dei soggetti diversi dal proprietario, la giurisprudenza ritiene applicabile l'art. 7 della legge 241 del 1990 e, quindi, impone la comunicazione di avvio del procedimento³²³.

Si deve dare atto che nella giurisprudenza amministrativa l'applicabilità dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990 conosce dei distinguo. Secondo una tesi, che possiamo considerare ormai prevalente, questa norma non può trovare applicazione in modo automatico né in modo uguale nelle ipotesi di provvedimenti discrezionali e di provvedimenti vincolati. La comunicazione di avvio del procedimento sarebbe, infatti, necessaria solo nell'ipotesi di provvedimenti discrezionali, perché solo in questi casi la partecipazione del privato è idonea ad apportare un contributo utile all'istruttoria e, quindi, ad incidere sull'attività amministrativa³²⁴.

Tale orientamento è influenzato dalla previsione contenuta nell'art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il quale esclude l'annullabilità del provvedimento per meri vizi formali.

Questa interpretazione però rischia di vanificare l'istituto della partecipazione, quale strumento che consente al privato di portare nel procedimento tutta una serie di elementi nuovi che garantiscono la completezza dell'istruttoria. Un'istruttoria completa, inoltre, consente alla pubblica amministrazione la corretta definizione dell'interesse pubblico primario e, quindi, l'esercizio consapevole dell'azione amministrativa. Pertanto, ogni interpretazione volta a limitare la partecipazione finisce col tradire la *ratio* della previsione legislativa.

Per questi motivi, non si può accogliere un orientamento che preclude la partecipazione, anche se limitatamente alle ipotesi di provvedimenti vincolati, perché una simile soluzione annullerebbe i notevoli progressi apportati dalla

³²² Invero, sulla applicabilità dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990 all'occupazione d'urgenza la giurisprudenza non è pacifica. All'orientamento che la ritiene necessaria, si contrappone altro orientamento tendenzialmente, che ritiene non dovuta la comunicazione di avvio del procedimento atteso che lo stesso art. 7 prevede che questa non sia prevista quando «*sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento*», Cons. di Stato, Sez. IV, 15 luglio 2013, n. 3861, in *lexitalia.it*.

³²³ Cons. di Stato, sez. IV, sentenza 7 novembre 2001, n. 5723, nota di R. LEONARDI, *Il principio della partecipazione al procedimento espropriativo tra esigenze di celerità ed esigenze di garanzia*, in *Riv. giur. edilizia*, 2002, II, p. 447.

³²⁴ Cons. di Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1381; Cons. di Stato, sez. V, 24 novembre 1997, n. 1365.

legge n. 241 del 1990 nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione.

3.1. Esiste il principio del giusto procedimento acquisitivo?

L'importanza del procedimento in materia di espropriazione si giustifica col fatto che da questo derivano dei vantaggi sia per il privato che per l'amministrazione. Come detto, la partecipazione consente al privato di esercitare una iniziativa difensiva e collaborativa, finalizzata a ridurre al minimo il sacrificio che è costretto a subire con l'espropriazione, nonché, nella migliore delle ipotesi, ambire a conservare il bene della vita.

L'amministrazione, invece, grazie alla partecipazione, viene a conoscenza di tutta una serie di fatti che sono necessari per la corretta comparazione degli interessi coinvolti. Come risultato, essa può vantare una istruttoria completa, che le consentirà di prendere la giusta decisione amministrativa, rispettando il principio di buon andamento previsto nell'art. 97 Cost..

Quanto detto vale a maggior ragione quando l'amministrazione occupa senza titolo un bene del privato, acquisendolo al suo patrimonio e pagando al proprietario, per il sacrificio subito, un mero indennizzo, senza che questi abbia occasione di tutelare il suo interesse legittimo oppositivo.

La mancanza di un procedimento espropriativo è un difetto patologico delle regole applicate alle occupazioni illegittime, infatti, fin dall'accessione invertita, per seguire con l'acquisizione sanante, disciplinata nell'art. 43, e oggi con la nuova disciplina prevista nell'art. 42 *bis*, la mancanza del procedimento è un ulteriore aspetto che ha indotto la dottrina a dubitare della legittimità dell'istituto.

Nessun dubbio, quindi, che la disposizione di cui all'art. 42 *bis* non preveda alcun procedimento propedeutico all'adozione dell'atto di acquisizione da parte della pubblica amministrazione³²⁵.

Ebbene, considerando che il principio del giusto procedimento è un principio di rilievo costituzionale, sarebbe logico concludere che l'art. 42 *bis* è incostituzionale nella parte in cui, non prevedendo un procedimento, non riconosce ai privati interessati il diritto alla partecipazione.

³²⁵ G. MARI, *La Corte di cassazione torna ad occuparsi dell'accessione invertita: breve excursus storico*, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, p. 1205; G. M. MARENGHI, *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante all'esame del Consiglio di Stato*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, p. 852; F. G. SCOCA, S. TARULLO, *La metamorfosi dell'accessione invertita: l'atto di acquisizione di immobili utilizzati sine titolo*, in *Riv. amm.*, 2001, p. 531: gli Autori, con riferimento all'art. 43, osservano come l'atto di acquisizione non possa considerarsi esso stesso «procedimento», il quale, anziché caratterizzarsi da una sequela procedurale partecipata, si risolve in «una determinazione imperniata sull'accertamento di una situazione materiale che, attraverso passaggi conoscitivi e valutativi tutti interni all'apparato amministrativo si mirerebbe a legittimare in via postuma».

Questa soluzione però sembra precipitosa e forse eccessiva, non si deve dimenticare che il nostro ordinamento prevede una legge generale sul procedimento amministrativo, che trova applicazione in tutti i casi in cui il legislatore nulla preveda nella normativa di settore, nonché, anche qualora questa sia prevista, per le parti da essa non disciplinate.

Tra questi casi rientra sicuramente anche il meccanismo acquisitivo disciplinato dall'art. 42 *bis*, infatti, l'atto di acquisizione è comunque un atto amministrativo e come tale è il risultato di un procedimento, ecco che, allora, detto procedimento deve rispettare le disposizioni della legge n. 241 del 1990. Buona parte della dottrina e della giurisprudenza concordano sulla necessità che nel procedimento ex art. 42 *bis* trovino applicazione le disposizioni della legge n. 241 del 1990 e, in particolare, quelle sulla partecipazione³²⁶. Infatti, l'art. 42 *bis* disciplina un nuovo tipo di procedimento, che si conclude con un atto avente effetti sostanzialmente espropriativi³²⁷, per cui negare il diritto di partecipazione significherebbe privare il proprietario di uno strumento di tutela contro l'azione affittiva della pubblica amministrazione³²⁸.

Quanto detto è maggiormente valido se si considera che l'atto di acquisizione è un atto ad alto tasso di discrezionalità che, nonostante le sue

³²⁶ F. G. SCOCA, S. TARULLO, *La metamorfosi*, cit., p. 539; i.d., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'accessione invertita: verso nuovi scenari*, in *Riv. amm.*, 2000, p. 457; F. BOCCHINI, *Azione amministrativa*, cit., p. 287; E. FOLLIERI, *La disciplina amministrativa dell'occupazione del suolo senza seguire le regole ordinarie dell'espropriazione, con particolare riferimento all'art. 42 bis del T.U.E.P.U.*, in *Riv. giur. edilizia*, 2013, p. 193; R. CONTI, *Atto di acquisizione sanante: legittimazione attiva, avvio del procedimento e presupposti per l'adozione*, nota a TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, 22 febbraio 2006, n. 322, in *Giur. merito*, 2006, I, p. 1270. Cons. di Stato, sez. IV, 3 settembre 2014, n. 4490, ha ritenuto illegittimo il provvedimento di acquisizione ex art. 42 *bis*, D.P.R. 6 giugno 2001 n. 327 non preceduto da avviso di avvio del procedimento, in quanto «il potere di acquisizione, citato, non deborda dai consueti e tradizionali canoni della discrezionalità amministrativa, rinvenibili nell'apprezzamento ed individuazione dell'interesse pubblico in conflitto con quello dei privati. Anche quando costituisce – come nel caso di specie – l'appendice amministrativa di una vicenda giudiziaria conclusasi con l'annullamento del titolo espropriativo o con l'accertamento della sua inesistenza, l'amministrazione deve, infatti, comunque agire "valutati gli interessi in conflitto", (art. 42 bis comma 1) e motivare specificatamente circa le "attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione". Trattasi di aspetti (l'utilizzo attuale dell'immobile a fini pubblici, l'eccezionalità delle ragioni che ne giustificano all'attualità il trattenimento, lo spessore degli interessi privati contrapposti, l'assenza di ragionevoli alternative) connotati da valutazioni tipicamente discrezionali che impattano su posizioni giuridiche di diritto soggettivo assoluto (qual è appunto il diritto di proprietà rimasto in capo al privato) come tali, necessitanti di una inderogabile tutela procedimentale in fase di avvio del procedimento, secondo lo schema dei cd interessi oppositivi. Solo il corretto adempimento di tale onere comunicativo può consentire al privato di rappresentare i propri interessi e di collaborare, al contempo, alla migliore configurazione dell'interesse pubblico».

³²⁷ F. G. SCOCA, S. TARULLO, *La metamorfosi*, cit., p. 531.

³²⁸ F. BOCCHINI, *Azione amministrativa*, cit., p. 287.

peculiarità, deve rispettare i tradizionali canoni che condizionano l'esercizio del potere discrezionale.

La partecipazione del proprietario può risultare, infatti, molto utile per introdurre nel procedimento elementi nuovi, oppure, più semplicemente, per fornire un quadro più chiaro della situazione concreta, favorendo all'amministrazione la soluzione più opportuna e conveniente per il perseguimento dell'interesse pubblico.

Si deve ritenere, quindi, che, a fronte della lacuna normativa, anche nell'ipotesi di provvedimento ex art. 42 *bis* trovi applicazione il principio del giusto procedimento e che, quindi, al proprietario debba essere inviata la comunicazione di avvio del procedimento affinché gli sia garantita la partecipazione.

Questa conclusione si pone in linea con quanto previsto nelle note sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia* e *Carbonara e Ventura c. Italia*, nelle quali, nonostante non venga espressamente richiamato il principio del giusto procedimento, esso si presume, laddove la Corte precisa che l'intervento espropriativo dell'autorità è legittimo quando rispetta il giusto equilibrio tra interesse generale e le esigenze della protezione dei diritti fondamentali degli individui; questo intervento non deve però sfociare in un risultato imprevedibile e arbitrario, tale da privare gli interessati di un'efficace protezione dei loro diritti³²⁹.

4. I possibili profili di illegittimità dell'art. 42 *bis*.

Dall'esame dell'art. 42 *bis* abbiamo evidenziato diverse criticità che ancora una volta ci inducono ad interrogarci sulla legittimità di un istituto che, comunque la si veda, riconosce alla pubblica amministrazione una disciplina di particolare favore.

Come noto, la tutela del diritto di proprietà può dirsi piena ed effettiva solo se l'amministrazione rispetti i limiti previsti dalla legge per l'esercizio del potere ablatorio, nonché le specifiche procedure espropriative, anche al fine di garantire la partecipazione del proprietario.

Pertanto, la questione è se la nuova procedura rispetti il principio di legalità sancito nell'art. 42 Cost. e nell'art. 1, primo Prot., CEDU, al punto da poter sostenere che l'acquisizione è la conseguenza di un'azione lecita dell'amministrazione.

³²⁹ Corte dir. uomo, 20 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*, in *Urb. app.*, 2001, I, p.285.

I sostenitori della legittimità della disposizione fanno leva sulla natura eccezionale, vuoi emergenziale, dell'istituto³³⁰, il quale trova applicazione soltanto qualora l'amministrazione non possa fare ricorso ad altre valide alternative per acquistare la proprietà del bene. Infatti, con il meccanismo disciplinato nell'art. 42 *bis* l'acquisizione del bene non è un evento automatico rispetto alla utilizzazione del bene, ma richiede all'amministrazione una peculiare ponderazione degli interessi coinvolti. A questo si aggiunga che la previsione contenuta nel comma 7 dell'art. 42 *bis*, nel prevedere l'obbligo per l'amministrazione di comunicare alla Corte dei conti, entro trenta giorni, l'atto di acquisizione, può rivelarsi un aspetto che destinato a frenare l'applicazione della norma, limitandola alle ipotesi in cui non vi siano davvero altre valide alternative.

La lettura dell'art. 42 *bis* non sembra, tuttavia, semplice, permangono, infatti, alcuni dubbi sulla conformità della norma alle disposizioni normative poste a tutela del diritto di proprietà, perché l'art. 42 *bis* riconosce all'amministrazione un potere molto ampio a cui non corrisponde la previsione di indici precisi o specifiche direttive idonee a guidare l'attività amministrativa.

Questa conclusione non muta solo perché tale potere deve essere esercitato per motivi di interesse pubblico: infatti, per l'esercizio del potere espropriativo l'ordinamento chiede qualcosa in più e di più, basti pensare al sistema complessivo della pianificazione urbanistica.

I motivi di interesse generale sono la specifica garanzia costituzionale del corretto esercizio del potere espropriativo: invece, la disposizione in commento consente all'amministrazione di acquistare il diritto di proprietà prescindendo dalla dichiarazione di pubblica utilità e dal vincolo preordinato all'esproprio. Una soluzione che non si comprende, perché sembra davvero difficile poter prescindere da detti atti per accertare la concreta utilità pubblica di un'opera.

Ma l'art. 42 *bis* pecca anche dal punto di vista della qualità della legge; questa espressione, che mutuiamo dalla giurisprudenza della Corte EDU, ci serve per ribadire che la disciplina legislativa di un fenomeno non basta per renderlo lecito, potendo una norma nascondere forme di espropriazione indiretta.

³³⁰ F. G. ROMANO, *Illegittimità del procedimento di esproprio e obbligo di restituzione del bene*, nota a sentenza Cons. di Stato, sez. VI, 16 marzo 2012, n. 1438, in *Riv. giur. edilizia*, 2012, p. 376; R. RAVASIO, *L'«acquisizione sanante»*, cit., p. 3122; M. NUNZIATA, *Recenti sviluppi in materia di espropriazione per pubblica utilità alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 293 del 2010 e del nuovo art. 42 bis del TU degli espropri*, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 3315. Parlano di «*extrema ratio*» G. RICCHIUTO, *L'art. 42 bis del T.U.*, cit., p. 77; F. TEDESCHI, *L'art. 42 bis*, cit., p. 446.

L'art. 42 *bis*, infatti, si pone in contrasto con i principi CEDU per due aspetti; per il fatto che consente all'amministrazione di trarre benefici da un comportamento illecito e perché dispone, in favore del proprietario, il pagamento di un indennizzo invece che la restituzione del bene. Infine, la mancata previsione di un termine entro il quale l'amministrazione utilizzatrice può adottare il provvedimento di acquisizione rende la disciplina assolutamente imprecisa e imprevedibile nelle sue applicazioni pratiche.

Non stupisce, quindi, che numerosa dottrina si sia interrogata sulla legittimità costituzionale della disposizione³³¹, né che le sezioni unite della Corte di Cassazione abbiano rimesso la questione di legittimità costituzione alla Corte costituzionale³³².

Per quanto riguarda, infine, la mancata previsione di regole procedurali a garanzia dei privati, si ritiene che l'illegittimità della norma possa essere evitata con un'interpretazione costituzionalmente orientata.

Il principio del giusto procedimento è, infatti, un principio di rango costituzionale che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost.

Pertanto, il problema del privato (primo fra tutti il proprietario del bene) quale spettatore inerme dell'attività amministrativa può essere risolto grazie all'interpretazione sistematica dell'art. 42 *bis*, che ci consente di estendere ai privati le norme sul procedimento amministrativo, e quindi le garanzie della partecipazione.

5. La sentenza della Corte costituzionale 30 aprile 2015, n. 71. Primi impressioni.

Con il paragrafo precedente si doveva concludere il presente lavoro; ma, successivamente, è sopraggiunta la sentenza 30 aprile 2015, n. 71, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 42 *bis* T.u. espr., sollevata dalle sezioni unite in riferimento agli artt. 3, 24, 42, 97, 113 e 117 Cost..

La pronuncia riveste particolare importanza perché consacra la legittimità

³³¹ F. REGA, *Forme (vecchie e nuove) di acquisizione al patrimonio indisponibile di beni privati utilizzati per scopi di interesse pubblico*, nota a TAR Catania Sicilia, sez. III, 19 agosto 2011, n. 2102, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 244; G. COCOZZA, *L'art. 42 bis del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327: la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale nella sentenza del Consiglio di Stato*, sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1438, in *Riv. giur. edilizia*, 2012, p. 21; M. NUNZIATA, *Recenti sviluppi in materia di espropriazione*, cit., p. 3335; E. FOLLIERI, *La disciplina amministrativa dell'occupazione*, cit., p. 203; F. TEDESCHI, *L'art. 42 bis*, cit., p. 446; F. G. ROMANO, *Illegittimità del procedimento di esproprio*, cit., p. 380; E. M. MARENGHI, *La nuova disciplina*, cit., p. 961; M. BORGIO, M. MORELLI, *L'acquisizione*, cit., p. 320.

³³² Sez. Un., 13 gennaio 2014, nn. 441 e 442.

della scelta del legislatore di disciplinare una procedura di acquisizione coattiva per gli immobili illegittimamente occupati dalla pubblica amministrazione, in mancanza di altre valide alternative.

Prima di esaminare gli aspetti della motivazione della sentenza che più ci interessano, si deve fare una premessa: la Corte, prima di esaminare le questioni sollevate dalle sezioni unite, fa una ricostruzione sommaria del contesto che ha portato alla disciplina normativa dell'occupazione acquisitiva, quindi, all'introduzione dell'art. 43, prima, e dell'art. 42 *bis* poi.

Questo passaggio, come osserva la stessa Corte, è preliminare rispetto alle motivazioni della sentenza. Infatti, le differenze tra le due discipline sono le principali ragioni sulle quali la Corte fonda la compatibilità del nuovo meccanismo acquisitivo con le disposizioni costituzionali e con i principi della CEDU.

In particolare, la Consulta ha affermato che dalla applicazione della disposizione non deriva nessuna disparità di trattamento, nelle ipotesi in cui sia commesso un medesimo fatto illecito, tra la pubblica amministrazione e gli altri soggetti dell'ordinamento, perché nel caso di specie l'amministrazione esercita una funzione amministrativa riconosciuta per il raggiungimento di un fine pubblico.

L'art. 42 *bis* è, quindi, prima di tutto è la fonte del potere acquisitivo, che consente alla pubblica amministrazione di riportare l'attività amministrativa entro i confini della legalità, eliminando la condizione di illiceità originaria.

Il Giudice delle leggi ammette che la disposizione ha reintrodotto la possibilità per la pubblica amministrazione, che utilizza senza *titolo* un bene per scopi di interesse pubblico, di evitarne la restituzione, ma precisa che si tratta di una «*funzione amministrativa meritevole di tutela privilegiata*», che si giustifica per il peculiare rilievo degli scopi di pubblica utilità perseguiti.

Secondo la Corte l'art. 42 *bis* si «*sostituisce al regolare procedimento ablativo*» e si pone come una sorta di procedimento espropriativo semplificato «*che assorbe in sé la dichiarazione di pubblica utilità, sia il decreto di esproprio, e, quindi, sintetizza in un unico atto lo svolgimento dell'intero procedimento, in presenza dei presupposti stabiliti dalla legge*»; ciò equivale a dire che si sintetizza in un unico atto l'ordinario procedimento espropriativo.

Per quanto riguarda la compatibilità della disposizione con l'art. 42 Cost., la Corte costituzionale sottolinea come l'atto di acquisizione rappresenti la *extrema ratio* per soddisfare le attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico, non essendovi per l'amministrazione un'altra possibile alternativa.

La Corte, nel fissare in maniera molto rigorosa gli aspetti applicativi della disciplina, ha sottolineato la rilevanza assunta della valutazione degli interessi in conflitto, la quale risulta *«qualitativamente diversa da quella tipicamente effettuata nel normale procedimento espropriativo»*.

Ed è proprio il margine di discrezionalità concesso dal legislatore alla pubblica amministrazione che dovrebbe ridurre l'ambito di applicazione dell'art. 42 *bis*, perché la scelta di adottare l'atto di acquisizione deve rappresentare l'unica soluzione possibile per far fronte all'occupazione illegittima.

Per questo motivo, la Corte ritiene che la mancanza di valide alternative non possa essere dedotta dalla difficoltà o dalla onerosità delle altre soluzioni utilizzabili come sostitutive dell'art. 42 *bis*, essendo invece necessario che queste vengano accertate in stretta correlazione con gli eccezionali motivi di interesse pubblico evocati dalla disposizione del testo unico.

Anche nella consapevolezza che il procedimento è l'unica sede in cui si possa svolgere la migliore comparazione degli interessi in conflitto, la Consulta ritiene che l'art. 42 *bis* disciplina un nuovo procedimento ablativo che, come tale, deve mantenere alcuni caratteri propri dell'ordinario procedimento espropriativo, fermo restando che trattandosi di una procedura «eccezionale» è fisiologico che vi differisca in alcuni aspetti.

Tra questi, vi è la mancanza della dichiarazione di pubblica utilità, che si giustifica perché nel caso di specie vi è già stata una modifica del bene dalla quale è emersa la pubblica utilità dell'opera.

Infine, secondo la Corte la nuova disposizione ha raggiunto l'agognato obiettivo di eliminare dall'ordinamento il problema delle espropriazioni indirette tanto criticate dalla Corte EDU; il nuovo art. 42 *bis*, infatti, disciplina un procedimento compatibile con i principi elaborati dalla giurisprudenza CEDU ed esclude il rischio che l'amministrazione adotti decisioni arbitrarie ed imprevedibili a danno degli interessati.

La sentenza della Corte costituzionale ha il pregio di fare una logica ricostruzione del modo di conformarsi del potere amministrativo di acquisizione ai principi costituzionali e convenzionali, soprattutto perché nelle sue argomentazioni la Consulta delinea un istituto che non sembra destinato a fungere da strumento di comodo della pubblica amministrazione.

Sul punto la Corte sembra assai ferrea, tanto che viene da supporre che l'ambito di applicazione per la nuova disposizione potrebbe essere molto limitato. Alcuni elementi dell'art. 42 *bis*, come la significativa valutazione degli interessi in conflitto e la trasmissione dell'atto di acquisizione alla Corte dei

conti, possono infatti scoraggiare l'applicazione della nuova disposizione.

Questi stessi elementi sono richiamati dalla Corte per sostenere la conformità della norma ai principi della Corte EDU; si deve però rilevare che, per quanto apprezzabili, nelle argomentazioni della Corte si rinvencono ancora dei punti deboli rispetto ai principi dettati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della proprietà privata.

Non può lasciarci indifferenti il fatto che l'atto di acquisizione sia anticipato da un'occupazione illecita della pubblica amministrazione e che per detta occupazione al privato sia corrisposto un mero risarcimento del danno. Questa scelta del legislatore, si ribadisce, si pone in contrasto con la sentenza *Scordino c. Italia*, nella quale la Corte EDU ha individuato il giusto ristoro nella *restitutio ad integrum*, relegando il risarcimento del danno a strumento secondario, da utilizzarsi quando la restituzione non è possibile.

Si aggiunga, inoltre, che anche il *quantum* dell'indennizzo dovuto come ristoro per l'acquisizione del bene, sebbene superiore a quello previsto per le espropriazioni ordinarie, è da ritenersi ancora irrisorio, considerato che il sopra detto atto viene adottato dopo che è stato consumato un illecito.

Occorre, infine, rilevare che alcuni passaggi delle argomentazioni della Corte ci lasciano assai perplessi; innanzitutto, in merito alla mancata previsione di un termine entro il quale l'amministrazione può adottare l'atto di acquisizione, la Corte, anziché fare rinvio alle norme sul procedimento amministrativo, ritiene sia possa colmare la lacuna prendendo in considerazione gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa elaborati per reagire all'inerzia dell'amministrazione. Tra i quali viene contemplata la possibilità di onerare il privato della messa in mora dell'amministrazione, per poi impugnare l'eventuale silenzio – rifiuto.

Orbene, si ritiene che il problema debba invece essere risolto sulla base dei principi desumibili dalla legge sul procedimento amministrativo (legge n. 241 del 1990), dai quali è possibile evincere che solo la previsione di un termine certo può garantire la certezza del tempo dell'agire amministrativo, nonché garantire l'effettiva partecipazione del privato al procedimento.

Per concludere, si ritiene di dover fare una critica alla pronuncia in esame, laddove la Corte nell'escludere il contrasto con l'art. 97 Cost., nega che il principio del giusto procedimento sia assistito da garanzia costituzionale.

La posizione della Corte rappresenta indubbiamente un significativo passo in dietro rispetto alla moderna concezione del procedimento amministrativo, nonché una mancata occasione per uniformarsi alle fonti comunitarie e alla

giurisprudenza CEDU, garantendo sul punto l'uniformità tra gli ordinamenti, un valore indubbiamente sentito, data la rilevanza occupata dalle fonti sovranazionali nel nostro ordinamento.

BIBLIOGRAFIA

ALPA G., BESSONE M., FRANCARIO L., *Il privato e l'espropriazione*, Milano, 1994;

ANNUNZIATA M., *Brevi note sugli aspetti pubblicistici della decisione in tema di danni da occupazione illegittima*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1740;

ANNUNZIATA M., *Un nuovo modo di acquisto (pubblico) della proprietà: la costruzione di opera pubblica come accessione invertita*, in *Giur. it.*, 1983, I, p. 1629;

AURILIO S., *L'acquisizione sanante: un eterno ritorno?*, in *Foro amm.*, 2011, p. 3643;

BALDASSARRE A., *Le ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, in *Dem. dir.*, 1976.

BENIGNI A., *La Corte europea dei diritti dell'uomo «boccia» l'occupazione appropriativa*, commento a Corte dir. uomo, II sez., 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia* e a Corte dir. uomo, II sez., 30 maggio 2000, *Carbonara e Ventura c. Italia*, in *Urb. app.*, 2001, I, p. 292;

BENINI S., *I comportamenti della pubblica amministrazione: le occupazioni illegittime della PA*, in *I comportamenti della pubblica amministrazione, atti del convegno di Catania, 17 e 18 novembre 2006*, a cura di CARIOLA A., D'ALLURA G. e FLORO F., Torino, 2007, p. 23;

BENINI S., *L'occupazione appropriativa è proprio da epurare?*, in *Foro it.*, 2002, I, p. 2591;

BILANCIA F., *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002;

BILE F., *Interpretare e giudicare: tecnica e valori in tre vicende esemplari*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 115;

BOCCHINI F., *Azione amministrativa "affittiva" e azione amministrativa "cooperativa" (il caso della c. d. occupazione acquisitiva)*, in *Foro amm.*, 2009, p. 287;

BORGIO M., MORELLI M., *L'acquisizione e l'utilizzo di immobili da parte della P.A.*, Milano, 2012;

CACCIAVILLANI I., *Occupazione d'urgenza, occupazione acquisitiva e tutela del possesso nei confronti della p. a.*, in *Giust. civ.*, 1984, 2829;

CARBONE V., *Alla P. A. basta «costruire» per acquistare legittimamente il suolo?*, in *Corriere giur.*, 1985, p. 100;

CARDAMONE A., *«Espropriazione sostanziale» tra Suprema Corte, Consiglio di Stato e Corte Costituzionale*, in *Urb. app.*, 2001, I, p. 121;

CARINGELLA F., DE MARZO G., DE NICTOLIS R., MARUOTTI L., *L'espropriazione per pubblica utilità. Commento al testo unico emanato con il decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327*, Milano, 2002;

CARINGELLA F., DE MARZO G., *Indennità di esproprio ed occupazione appropriativa nel panorama normativo - giurisprudenziale*, Milano, 1995;

CARINGELLA F., DE MARZO G., DE NICTOLIS R., MARUOTTI L., *L'espropriazione per pubblica utilità. Commento al testo unico emanato con il decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 237*, Milano, 2002;

CARINGELLA F., DE PALMA M., *Potere espropriativo e proprietà privata. I nuovi confini dell'espropriazione per pubblica utilità alla luce del testo unico*, Milano, 2005;

CARINGELLA F., MAZZAMUTO S., MORBIDELLI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010;

CARLOTTI G., *La breve parabola dell'art. 43 del testo unico delle espropriazioni: quale futuro per l'acquisizione sanante?*, in *Giur. it.*, p. 939;

CAROTENUTO G., *L'opera pubblica su suolo privato. Una soluzione che lascia perplessi*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1741;

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, 2011;

CASTIELLO F., *Il principio del giusto procedimento. Dalla sentenza n. 3 del 1962 alla sentenza n. 104 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Foro. amm. D.d.S.*, 2008, I, p. 269;

CAVALLARO M. C., *Il giusto procedimento amministrativo come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001, p. 1829;

CERBO P., *Profili di costituzionalità della c.d. occupazione sanante*, in *Urb. app.*, 2009., p. 208;

CHIEPPA R., LOPILATO V., *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007;

COCOZZA F., *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino, 1994;

COCOZZA G., *L'art. 42 bis del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327: la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1438*, in *Riv. giur. edilizia*, 2012, p. 21;

COMPORTI M., *Dalla occupazione illegittima di immobili da parte della pubblica amministrazione alla «occupazione appropriativa»*, in *Riv. giur.*

edilizia, 1985, II, 3;

CONTI R., *Atto di acquisizione sanante: legittimazione attiva, avvio del procedimento e presupposti per l'adozione*, nota a TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, 22 febbraio 2006, n. 322, in *Giur. merito*, 2006, I, p. 1270;

CONTI R., *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e diritti umani*, Milano, 2006;

CONTI R., *Nessun atto di acquisizione sanante senza contestuale risarcimento del risarcimento*, in *Giur. merito*, 2007, I, p. 190;

CONTI R., *Prescrizione ed occupazione appropriativa dopo Strasburgo*, commento a TAR Puglia, 11 gennaio 2002, n. 167, in *Urb. app.*, 2002, p. 711;

CONTI R., *Restituzione del bene trasformato nei casi di occupazione usurpativa. Revirement del Consiglio di Stato*, commento a Cons. di Stato Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2, in *Urb. app.*, 2005, 7, p. 809;

CONTICELLI M., *L'accessione invertita viola la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, commento a Corte dir. uomo, II sez., 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*, in *Giornale dir. amm.*, 2001, p. 149;

CORTESE F., *La garanzia costituzionale del diritto di proprietà tra espropriazione e occupazione acquisitiva*, in www.giurcost.org;

COSTANTINO M., nota a sentenza Corte di cassazione civile, sez. I, 3 marzo 1991, n. 4848, in *Foro it.*, 1992, I, p. 2794;

CRISAFULLI V., *Principio di legalità e giusto procedimento*, nota a Corte cost. 2 marzo 1962, n. 13, in *Giur. cost.*, 1962, I, p. 26.;

D'ELIA G., *Note a margine della illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, dell'istituto della «acquisizione sanante»*, in *Foro amm.*, 2011, p. 1120;

DAMONTE R., *La corte di Strasburgo «condanna» l'accessione invertita*, in *Riv. giur. Edilizia*, 2000, p. 792;

DE MARZO G., *Acquisizione sanante, parametri costituzionali e CEDU*, in *Corriere giur.*, 2011, II, p. 1556;

DE MARZO G., *Commento all'art. 57*, in *L'espropriazione per pubblica utilità. Commento al testo unico emanato con il decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327*, a cura di F. CARINGELLA, G. DE MARZO, R. DE NICTOLIS, L. MARUOTTI, 2002, p. 782;

DE MARZO G., *La determinazione del risarcimento del danno derivante dall'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 253;

DE MARZO G., *Le sezioni unite e l'occupazione espropriativa, ovvero come*

(far finta di) metter le cose a posto, nota a Sez. Un. 25 novembre 1992, n. 12546, in *Foro it.*, 1993, p. 97;

DELLA CANNELLA G., *I fattori sovranazionali e internazionali di convergenza e di integrazione* in AA.VV., *Diritto amministrativo comparato*, MILANO, 2007, p. 325, a cura di G. NAPOLITANO;

DIEZ PICAZO L. M., *Le relazioni tra Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 267;

ESPOSITO C., *La Costituzione italiana*, Padova, 1954;

FOA' S., *Leggi di interpretazione autentica e conformità alla CEDU: il parametro di illegittimità «conteso» tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2011, p. 2247;

FOLLIERI E., *La disciplina amministrativa dell'occupazione del suolo senza seguire le regole ordinarie dell'espropriazione, con particolare riferimento all'art. 42 bis del T.U.E.P.U.*, in *Riv. giur. edilizia*, 2013, p. 193;

FURNO E., *La Corte costituzionale elimina l'acquisizione coattiva sanante nella storia infinita degli espropri extra ordinem*, in *Giur. cost.*, 2010, V, p. 3816;

GALLO A., *Usucapione della PA e prospettive di tutela del privato*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, p. 3563;

GALLO P., *Occupazione acquisitiva danno e responsabilità*, commento a Consiglio di Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, in *Urb. app.*, 2001, II, p. 766;

GAMBARO A., *In nome della legge: art. 1, comma 65, l. 549/95*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 57;

GAMBARO A., Osservazioni a Sez. Un. Civ., 16 febbraio 1983, n. 1464, in *Resp. Civ.*, 1983, 408;

GAROFOLI R e FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012;

GARRI F., *Recenti affermazioni giurisprudenziali in materia di espropriazioni*, in *Foro amm.*, 2010, p. 889;

GIANNINI M. S., *Basi costituzionali della proprietà*, in *Politica del diritto*, 1971, p. 443;

GOGGIAMANI F., *Le vie di difesa del proprietario di un bene illegittimamente occupato al vaglio del principio di effettività della tutela*, in *Foro amm. TAR*, 2010, p. 2340;

GRECO G., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2000, p. 25;

GUAZZAROTTI A., *Precedente CEDU e mutamenti culturali nella prassi giurisprudenziale italiana*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3779;

IANNELLI A., *La proprietà costituzionale*, Napoli, 1980;

IANNI G., *L'incostituzionalità dell'art. 42 bis DPR n. 327 del 2001 e i «rimedi» della giurisprudenza di merito: è possibile il ricorso all'istituto della specificazione?*, nota a sentenza TAR Puglia, Lecce, 24 novembre, 2010, n. 2683., in *Giur. merito*, 2011, p. 2272;

LAMORGESE A., *Il tribunale di Firenze rivendica (a ragione) la giurisdizione sui diritti fondamentali*, in *Giur. merito*, 2012, p. 2317;

LANDI G., *L'espropriazione per pubblica utilità*, 1984;

LEONARDI R., *Il principio della partecipazione al procedimento espropriativo tra esigenze di celerità ed esigenze di garanzia*, nota a Cons. di Stato, sez. IV, 7 novembre 2001, n. 5723, in *Riv. giur. edilizia*, 2002, II, p. 447;

LEONE G., *Factum e ius supervenientes possono modificare la domanda e la giurisdizione?*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2012, p. 1375;

LEONE G., *Indennità di espropriazione: tutto risolto? Ovvero sulla (in)esistenza dei cingoli espropriativi e conformativi*, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, p. 185;

LEONE G., *Un nuovo modo di acquisto della proprietà: l'atto di acquisizione in assenza del valido provvedimento ablatorio (art. 43 T.U. 8 giugno 2001 n. 327, delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità)*

LEONE S., *Illegittimità costituzionale dell'articolo 43, d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327: dubbi e soluzioni interpretative*, in *Lexitalia.it*;

LEONI A., *Rassegna delle pronunce adottate dalla giurisprudenza amministrativa a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 DPR 8 giugno 2001 n. 327, nota a TAR Salerno*, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, p. 214B;

LUPO E., *La vincolatività delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo per il giudice interno e la svolta recente della cassazione civile e penale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2247 B;

M. VIGNALE, *Note relative alla nuova normativa sulla liquidazione del danno da illegittima occupazione del suolo*, in *Foro it.*, 1996, I, p. 1013;

MANGANARO F., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 379;

MANGIAMELI S., *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, 1986;

MARASCA M., *La dubbia compatibilità tra occupazione appropriativa ed*

usucapione nel dialogo tra giudici, in *Giur. merito*, 2013, p. 2078;

MARENA G., *Profili problematici e ricostruttivi inerenti l'occupazione sine titulo dei suoli altrui: dall'art. 43 t.u. alla regola civilistica dell'art. 934 c.c.*, commento a TAR Campania sez. V, 18 gennaio 2011, n. 262, in *Danno resp.*, 2011, p. 529;

MARENGHI E. M., *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 961;

MARENGHI G. M., *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante all'esame del Consiglio di Stato*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, p. 852;

MARI G., *L'espropriazione indiretta: la sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010 sull'acquisizione sanante e prospettive future*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, II, p. 347;

MARI G., *La Corte di cassazione torna ad occuparsi dell'accessione invertita: breve excursus storico*, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, p. 1205;

MARI G., *Rassegna delle questioni ancora aperte sull'acquisizione sanante ex art. 43 d.p.r. n. 327 del 2001. i persistenti dubbi di legittimità costituzionale*, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, II, p. 147.

MASTROCINQUE R., *Il potere e il diritto*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1737;

MAZZESCHI R. P. , *Sulla applicabilità diretta e il rango delle norme CEDU nell'ordinamento italiano: due recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, a cura di F. SALERNO e R. SAPIENZA, Torino, 2011, p. 41;

MEA R., *Utilizzazione di un bene in assenza di un valido provvedimento ablatorio: nuove frontiere per il giudice amministrativo*, in *Giur. merito*, 2006, p. 2566B;

MIRATE S., *La CEDU nell'ordinamento nazionale: quale efficacia dopo Lisbona?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, p. 1354;

MIRATE S., *Prime (non) applicazioni giurisprudenziali dell'acquisizione sanate*, in *Resp. civile prev.*, 2008, p. 2502B;

MIRATE S., *The right to be heard: equa riparazione e giusto procedimento amministrativo nella giurisprudenza CEDU*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 542;

MIRIAM G., *L'incostituzionalità della disciplina sull'acquisizione sanante*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, V, p. 494;

MONTEDORO G., *L'occupazione appropriativa dopo il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 327*, in *Urb. app.*, 2001, II, p. 1171;

MORBIDELLI G., *Corte costituzionale e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 287;

MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo II*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA, 1993, p. 1088;

MORELLI M., *Il vuoto normativo lasciato dall'abrogazione dell'art. 43 D.p.r. n. 327/01: l'analisi della situazione in atto impone un immediato intervento legislativo*, in *Lexitalia.it*;

NASINI P., *Le Sezioni Unite intervengono sull'ambito di applicazione dell'art. 43 d.p.r. 6 giugno 2001, n. 327: problemi di giurisdizione e procedurali, nota a sentenza Corte di cassazione civile, sezioni unite, 19 dicembre 2007, n. 26732*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 867;

NATOLI U. , *La proprietà*, Milano, 1965;

NATUCCI A., *Occupazione espropriativa e tipicità dei modi di acquisto della proprietà nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 255;

NIVARRA L., *La proprietà tra controriforma e «rivoluzione passiva»*, in *Europa e dir. priv.*, p. 575;

NUNZIATA M., *Recenti sviluppi in materia di espropriazione per pubblica utilità alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 293 del 2010 e del nuovo art. 42 bis del TU degli espropri*, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 3315;

OBERTO G., *La tutela dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali, ovvero del difficile dialogo tra carte e corti?*, in *Dr. famiglia*, 2013, p. 173;

ORIANI R., *Osservazioni a Sez. Un. Civ.*, 16 febbraio 1983, n. 1464, in *Foro it.*, 1983, I, 626;

PADELLETTI M. L., *Protezione della proprietà*, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di BARTONE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., Padova, 2001, p. 801;

PANUNZIO S., *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005;

PATRONI GRIFFI F., *Prime impressioni a Corte costituzionale n. 293 del 2010*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, I, p. 1435;

PATRONI GRIFFI F., *Prime impressioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 293 del 2010 in tema di espropriazione indiretta*, in *www.federalismi.it*;

PENASA S., *Tanto rumore per nulla o meglio tardi che mai? Ancora sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale, tra dubbi ermeneutici e possibili applicazioni future*, in *www.giurcost.org*;

PIRUCCIO P., *Acquisizione coattiva «sanante» ex art. 43 T.U. sulle*

espropriazioni come unico rimedio per evitare la restituzione del fondo irreversibilmente trasformato: la sua applicabilità temporale e corretta interpretazione dell'art. 57 T.U., in *Giur. amm.*, 2007, 11, p. 3003;

PORPORATO A., *Comportamenti della pubblica amministrazione «finalizzati» alla realizzazione dell'interesse pubblico: ambito di giurisdizione esclusiva*, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. 3103;

R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2012, Roma;

RAMACCIONI G., *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 861;

RAMAJOLI M., *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la convenzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 825;

RAVASIO R., *L'«acquisizione sanante» ovvero un rimedio emergenziale da utilizzare cum gramo salis*, in *Giur. merito*, 2009, p. 3122;

REGA F., *Forme (vecchie e nuove) di acquisizione al patrimonio indisponibile di beni privati utilizzati per scopi di interesse pubblico*, nota a *TAR Catania Sicilia*, sez. III, 19 agosto 2011, n. 2102, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 244;

REPETTO G., *I rapporti tra Corti europee e le prospettive dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S. P. PAUNZIO, p. 287;

RICCHIUTO G., *L'art. 42 bis del T.U. Espropriazioni sotto i riflettori della giurisprudenza amministrativa*, in *Nuovo dir. amm.*, 2012, I, p. 77;

RODOTA' S., *Commento all'art. 42 Cost.*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, a cura di BRANCA G., Bologna, 1962;

RODOTA' S., *Il terribile diritto*, II ed., Bologna, 1990;

ROMANO F. G., *Illegittimità del procedimento di esproprio e obbligo di restituzione del bene*, nota a sentenza Cons. di Stato, sez. VI, 16 marzo 2012, n. 1438, in *Riv. giur. edilizia*, 2012, p. 376;

SABATO R., nota a Corte dir. uomo, II sez., 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*, in *Foro it.*, 2001, IV, p. 233;

SAITTA F., *Verso un «giusto» procedimento espropriativo*, in *Dir. amm.*, 2013, IV, p. 627;

SALERNO F. e SAPIENZA R., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, Torino, 2011;

SALVAGO S., *(Prima) Declaratoria di incostituzionalità per la c.d. «acquisizione (coattiva) sanante»*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 305;

SALVAGO S., *Espropriazioni illegittime e risarcimento del danno dopo la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 5 bis, comma 7 bis, l. n. 359 del 1992, nota a sentenza Corte Cost. n. 349 del 2007*, in *Giust. civile*, 2008, p. 587;

SALVAGO S., *Occupazione acquisitiva nelle espropriazioni per pubblica utilità*, Milano, 1997;

SALVAGO, S., *Occupazione espropriativa e prescrizione dell'indennizzo risarcitorio*, in *Giust. civ.*, 2009, p. 43;

SALVIA F., *Garanzia delle norme e garanzia del sistema: il caso della proprietà*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 47;

SANDULLI A. M., *Profili costituzionali della proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 465;

SANTARSIERE V., *Trasformazione di aree occupate della P.A. e obliterazione dell'acquisizione sanante*, in *Giur. merito*, 2011, p. 2260;

SAPIENZA R. , *L'espropriazione dei beni e indennizzo nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: le sentenze nei casi James e Lithgow*, in *Riv. dir. int.*, 1987, p. 309;

SCHNEIDER H. P, *Carattere e funzione dei diritti fondamentali dello Stato*, in *Dir. soc.*, 1979, p. 197.

SCOCA F. G. e TARULLO S., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'accessione invertita: verso nuovi scenari*, in *Riv. amm.*, 2000, p. 457;

SCOCA F. G., *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. amm.*, 2012, p. 21;

SCOCA F. G., *Modalità di espropriazione e «rispetto» dei beni (immobili) privati*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 519;

SCOCA F. G., TARULLO S., *La metamorfosi dell'accessione invertita: l'atto di acquisizione di immobili utilizzati sine titulo*, in *Riv. amm.*, 2001, p. 531;

TANDA P., *Cancellata la c.d. acquisizione sanante: urge un intervento legislativo per colmare il vuoto*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, I, p. 1440;

TEDESCHI F., *L'art. 42 bis del Testo unico delle espropriazioni e la possibilità per il privato di rinunciare (implicitamente) al proprio diritto di proprietà sul fondo illegittimamente occupato dall'amministrazione*, in *Riv. giur. edilizia*, 2013, III, p. 446;

VALAGUZZA S., *Riflessioni sul primato attenuato del diritto CEDU e sui suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, in *Riv. it. pubbl. comunit.*, 2008, p. 1375;

VARRONE C., *«Occupazione acquisitiva» o «accessione invertita»: analisi critica e sviluppi normativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 518;

VERBARI G. B., *La dichiarazione di pubblico interesse*, Milano, 1974;
 VIRGA G., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, 1998;
 VIRGA G., *Una possibile "exit strategy" dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 del T.U. espropriazione per p.u.*, in *Lexitalia.it*;
 ZAMPETTI E., *Acquisizione sanante e principi costituzionali*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 569;
 ZAMPETTI E., *Nuova acquisizione sanante, tutela restitutoria e giudizio di ottemperanza. Newly ratifying acquisition, restitution protection and compliance proceedings, nota a Cons. Stato, sez. VI, 1 dicembre 2011, n. 6351*, in *Foro amm. - C.d.S.*, p. 719;
 ZANGHÌ C., *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 347 e 348 del 2007*, in *www.giurcost.org*.

INDICE GIURISPRUDENZA

Cass. civ., 11 giugno 1987, n. 5070;
 Cass. civ., 11 luglio 1990, n. 7210, in *Corr. giur.*, 1990, p. 916;
 Cass. civ., 12 novembre 1985, n. 5530;
 Cass. civ., 13 novembre 1986, n. 6650;
 Cass. civ., 15 settembre 2005, n. 18239, in *Corr. giur.*, 2006, p. 809;
 Cass. civ., 20 giugno 1990, n. 6209, in *Giust. civ.*, I, 1990, p. 697;
 Cass. civ., 6 maggio 1994, n. 4431;
 Cass. civ., Ordinanza 20 giugno 2001, n. 8444;
 Cass. civ., Ordinanza 20 giugno 2001, n. 8446;
 Cass. pen. sez. I, n. 616 e n. 1770 del 1983;
 Cass. pen., sez. II, n. 10683 del 1989;
 Cass. civ., 12 gennaio 1978, n. 118, in *Foro it.*, 1978, I, p. 1250;
 Cass. civ., 15 settembre 2005, n. 18239, in *Corriere giur.*, 2006;
 Cass. civ., 21 dicembre 2001, n. 15710, in *Foro it.*, 2001;
 Cass. civ., 30 dicembre 1968, n. 4086, in *Foro it.*, 1969, I, p. 1534;
 Cass. civ., 6 aprile 1982, n. 2107;
 Cass. civ., 8 giugno 1979, nn. 3242 e 3243, in *Foro it.*, 1980, I, p. 162;
 Cass. civ., 8 maggio 2004, n. 8777, in *Sett. giur.*, 2004, p. 1488;
 Cass. civ., sez. II, 18 aprile 1987, n. 3872, in *Foro it.*, 1987, I, 1727;

Cons. di Stato, sez. IV, 16 marzo 2012, n. 1514;
 Cons. di Stato, 16 maggio 2013, n. 2679;
 Cons. di Stato, Ad. Gen., parere 29 marzo 2001, n. 4;
 Cons. di Stato, Ad. Plen., 15 settembre 1990, n. 15;
 Cons. di Stato, Ad. Plen., 7 febbraio 1996, n. 1;
 Cons. di Stato, Ad. Plen., 15 settembre 1999, n. 15.
 Cons. di Stato, Ad. Plen., 18 giugno 1986, n. 6;
 Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2;
 Cons. di Stato, Ad. Plen., parere 9 aprile 2003, n. 1926/2002;
 Cons. di Stato, sez. IV, 10 maggio 2013, n. 2559;
 Cons. di Stato, sez. IV, 11 marzo 2013, n. 1469;
 Cons. di Stato, sez. IV, 12 maggio 2014, n. 2416;
 Cons. di Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, in *Urb. app.*, 2001, I, p. 757;
 Cons. di Stato, sez. IV, 15 aprile 2013, n. 2070;
 Cons. di Stato, sez. IV, 15 febbraio 2013, n. 914;
 Cons. di Stato, Sez. IV, 15 luglio 2013, n. 3861, in *www.lexitalia.it*.
 Cons. di Stato, sez. IV, 16 maggio 2013, n. 2679;
 Cons. di Stato, sez. IV, 16 marzo 2012, n. 1514, in *Nuovo dir. amm.*, 2012, I, p. 73.
 Cons. di Stato, sez. IV, 16 settembre 2011, n. 5230;
 Cons. di Stato, sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4623;
 Cons. di Stato, sez. IV, 20, dicembre, 2013, n. 6164;
 Cons. di Stato, sez. IV, 26 febbraio, 2009, n. 1136, in *Urb. app.*, 2009, 6, p. 720;
 Cons. di Stato, sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4650;
 Cons. di Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 2584;
 Cons. di Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3346.
 Cons. di Stato, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993;
 Cons. di Stato, sez. IV, 3 settembre 2014, n. 4490;
 Cons. di Stato, sez. IV, 30 dicembre 2008, n. 6636, in *Riv. giur. Edilizia*, 2009, p. 295;
 Cons. di Stato, sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 303, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 934;
 Cons. di Stato, sez. IV, 8 ottobre 2012, n. 5207;
 Cons. di Stato, sez. V, 24 gennaio 2007, n. 250, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 1, p. 134;

Cons. di Stato, sez. VI, 10 agosto 2004, n. 5499;
 Cons. di Stato, sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1438;
 Cons. di Stato, sez. VI, 8 maggio 2009, n. 2860, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, V, p. 1342;
 Cons. giust. Amm. Sic., 21 aprile 2010, n. 558, in *Urb. app.*, 2010, 10, p. 1196;
 Consiglio di Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3346;
 Corte cost. 10 febbraio 1981, n. 17;
 Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191;
 Corte cost. 20 marzo 1978, n. 23, in *Giur. cost.*, 1978, p. 468;
 Corte cost. 22 marzo 2001, n. 73;
 Corte cost. 24 febbraio 1964, n. 14;
 Corte cost. 27 dicembre 1973, n. 183 ;
 Corte cost. 27 dicembre 1991, n. 486;
 Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204;
 Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170;
 Corte cost. 9 marzo 2007, n. 104.
 Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80;
 Corte cost., 14 giugno 2002, n. 238;
 Corte cost., 16 dicembre 1993, n. 442;
 Corte cost., 18 febbraio 1960, n. 5;
 Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10;
 Corte cost., 2 novembre 1996, n. 369;
 Corte cost., 20 gennaio 1966, n. 6;
 Corte cost., 23 maggio 1995, n. 188;
 Corte cost., 29 dicembre 1959, n. 67;
 Corte cost., 29, maggio 1968, n. 55;
 Corte cost., 30 aprile 1999, n. 148;
 Corte cost., 31 luglio 1990, n. 384;
 Corte cost., 6 luglio 1971, n. 161, in *Foro it.*, 1971, I, p. 2112;
 Corte cost., 6 maggio 1985, n. 132;
 Corte di Giustizia CE 9 marzo 1978;
 Corte dir. uomo, 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*;
 Corte dir. uomo, 11 dicembre 2003, *Carbonara e Ventura c. Italia*;
 Corte dir. uomo, 11 ottobre 2005, *Chirò c. Italia*;
 Corte dir. uomo, 12 gennaio 2006, *Sciarrotta e altri c. Italia*;
 Corte dir. uomo, 12 luglio 2011, *Macri e altri c. Italia*;

Corte dir. uomo, 13 ottobre 2005, *Fiore c. Italia*;
 Corte dir. uomo, 14 gennaio 2014, *Pascucci c. Italia*;
 Corte dir. uomo, 16 giugno 1999, *Zubani c. Italia*;
 Corte dir. uomo, 19 ottobre 2006, *Guatieri e altri c. Italia*;
 Corte dir. uomo, 20 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*, in *Urb. app.*, 2001, I, p.285;
 Corte dir. uomo, 20 maggio 2000, *Carbonara e Ventura c. Italia*, in *Urb. app.*, 2001, I, p. 283;
 Corte dir. uomo, 21 febbraio 1986, *James c. Regno Unito*;
 Corte dir. uomo, 22 giugno 2004, *Broniowsky c. Polonia*;
 Corte dir. uomo, 22 settembre 1994, *Hentrich c. France*;
 Corte dir. uomo, 23 novembre 2000, *ex Re di Grecia e altri c. Grecia*;
 Corte dir. uomo, 23 settembre 1982, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*;
 Corte dir. uomo, 24 giugno 1993, *Papamichalopoulos e altri c. Grecia*;
 Corte dir. uomo, 25 marzo del 1999, *Iatridis c. Grecia*;
 Corte dir. uomo, 28 luglio 1999, *Immobiliare Saffi c. Italia*;
 Corte dir. uomo, 28 maggio 2002, *Kingsley v. United Kingdom*;
 Corte dir. uomo, 28 ottobre 1999, *Brumărescu c. Romania*;
 Corte dir. uomo, 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia*;
 Corte dir. uomo, 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turchia*;
 Corte dir. uomo, 6 ottobre 2005, *Draon c. Francia*;
 Corte dir. uomo, 7 giugno 2011, *De Caterina e altri c. Italia*;
 Corte dir. uomo, 8 luglio 1986, *Lithrow e altri c. Regno unito*;
 Corte giust., 12 giugno 2003, causa C-112/00;
 Corte giust., 20 maggio 2003, cause riunite n. C-465/00, C-138/00, C-139/00;
 Corte giust., 22 ottobre 2002, causa n. C-94/00;
 Corte giust., 6 marzo 2001, causa C-274-99;
 Sez. Un. 14 gennaio 1987, n. 196, in *Foro it.*, 1987, I, p. 1071;
 Sez. Un. 22 ottobre 1980, n. 5679;
 Sez. Un. 25 novembre 1992, n. 12546, in *Foto it.*, I, p. 87;
 Sez. Un. 30 maggio 2005, n. n. 11336 e 11338;
 Sez. Un. 4 marzo 1976, n. 1027, in *Rep. Foro it.*, 1976;
 Sez. Un. Civili, 26 gennaio 2004, n. 1338 e 1341;
 Sez. Un., 10 giugno 1988, n. 3940, in *Foro it.*, 1988, I, p. 2262;
 Sez. Un., 13 aprile 1992, n. 4477;
 Sez. Un., 13 gennaio 2014, n. 441;

Sez. Un., 13 gennaio 2014, n. 442;
 Sez. Un., 14 aprile 2003, n. 5902, in Riv. giur. ed., I, 2003, p. 1190;
 Sez. Un., 15 maggio 2003, n. 7504, in *Giust. civ. Mass.*, 2003;
 Sez. Un., 16 dicembre 2013, n. 27995;
 Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26732, in *Nuova giur. Civ.*, 2008, p. 861;
 Sez. Un., 28 febbraio 1983, n. 1464, in *Foro it.*, 1983, I, p. 626.
 Sez. Un., 4 marzo 1997, n. 1907, in *Foro it.*, 1997, I, p. 721;
 Sez. Un., 6 maggio 2003, n. 6853, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, I, p.554;
 Sez. Un., 9 novembre 1989, n. 4619;
 Sez. Un., 16 dicembre 2013, n. 27994;
 TAR Puglia, Bari, sez. III, 22 febbraio 2012, n. 22;
 TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 25 gennaio 2010, n. 52;
 TAR Calabria, Reggio Calabria, 3 marzo 2014, n. 120;
 TAR Calabria, sez. Catanzaro, sez. I, 7 giugno 2005, n. 984;
 TAR Calabria, sez. I, 2 febbraio 2006, n. 84, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2, p. 742;
 TAR Campania, Napoli, sez. IV, 27 marzo 2014, n. 1812;
 TAR Campania, Napoli, sez. V, 18 gennaio 2011, n. 262;
 TAR Campania, Napoli, sez. IV, 27 marzo 2014, n. 1812;
 TAR Campania, Napoli, sez. V, 11 febbraio 2011, n. 866.
 TAR Campania, Napoli, sez. V, 14 ottobre 2013, n. 4609;
 TAR Campania, Napoli, sez. V, 23 aprile 2014, n. 2269;
 TAR Campania, Napoli, sez. V, 23 maggio 2014, n. 2895;
 TAR Campania, Napoli, sez. V, 8 marzo 2012, n. 1171;
 TAR Campania, Napoli, sez. V, ordinanza, 28 ottobre 2008, n. 730 e ordinanza, 18 novembre 2008, n. 731;
 TAR Campania, Salerno, sez. II, 10 gennaio 2015, n. 100;
 TAR Campania, Salerno, sez. II, 14 gennaio 2011, n. 43;
 TAR Campania, Salerno, sez. II, 9 agosto 2011, n. 1472;
 TAR Campania, sez. V, 9 gennaio 2007, n. 71;
 TAR Lazio, Roma, sez. II bis, 2 ottobre 2009, n. 9557;
 TAR Molise, Campobasso, sez. I, 6 maggio 2014, n. 293;
 TAR Molise, sez. I, 27 dicembre 2012, n. 785;
 TAR Molise, sez. I, 6 maggio 2014, n. 293;
 TAR Puglia, Bari, sez. III, 2 febbraio 2012, n. 370;
 TAR Puglia, Lecce, 24 novembre, 2010, n. 2683;
 TAR Puglia, Lecce, sez. I, 19 gennaio 2011, n. 97;

TAR Puglia, sez. III, 23 maggio 2012, n. 991;
TAR Sicilia, Catania, sez. II, 30 giugno 2009, n. 1206, in *Foro amm. TAR*, 2009, 6, p. 1910;
TAR Sicilia, Catania, sez. III, 10 febbraio 2011, n. 290;
TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 11 giugno 2014, n. 1487;
TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 11 gennaio 2011, n. 9;
TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 15 novembre 2011, n. 2127;
TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 2 dicembre 2010, n. 14232, in *Foro amm. TAR*, 2010, XII, p. 4058;
TAR Sicilia, sez. II, 11 giugno 2014, n. 1487;
TAR Toscana, Firenze, sez. III, 11 giugno 2004, n. 2066.
TAR Umbria, sez. I, 5 maggio 2014, n. 238;
TAR, Calabria, Reggio Calabria, 20 aprile 2005, n. 358;
Trib. acque pubbl., 14 marzo 2012, n. 44, in *Nuovo dir. amm.*, 2012, I, p. 71.